عمدة الرعاية على شرح الوقاية

للإمام عبد الحي بن عبد الحليم اللكنوي

المتوفى ١٣٠٤ هـ

ويليه تتمتاه

زبدة النهاية لعمدة الرعاية للشيخ عبد الحميد بن عبد الحليم اللكنوي

وحسن الدراية لأواخر شرح الوقاية للشيخ عبد العزيز بن عبد الرحيم اللكنوي

وبهامشه

غاية العناية على عمدة الرعاية

للدكتور صلاح محمد أبو الحاج

الأستاذ المساعد في جامعة البلقاء التطبيقية

الجزء الخامس

يحتوي على الكتب التالية:

البيع - الصرف - الكفالة - الحوالة - القضاء - الشهادة

تنبيه:

وضعنا في أعلى الصفحات المتن المسمى بـ "وقاية الرواية في مسائل الهداية" لبرهان الشريعة محمود بن أحمد المحبوبي، ويليه الشرح المشهور بـ "شرح الوقاية" لصدر الشريعة عبد الله بن مسعود المحبوبي، ثم "عمدة الرعاية على شرح الوقاية" للإمام عبد الحي اللكنوي، ووضعنا في أسفل الصفحات التعليق على عمدة الرعاية المسمى "غاية العناية" للدكتور صلاح محمد أبو الحاج

أسسها محمد علي بيضون سنة 1971 بيروت - لبنان
Est. by Mohammad Ali Baydoun 1971 Beirut - Lebanon
Établie par Mohamad Ali Baydoun 1971 Beyrouth - Liban

http://www.al-ilmiyah.com info@al-ilmiyah.com sales @al-ilmiyah.com baydoun@al-ilmiyah.com

Title	: ᶜUMDAT AL-RIᶜĀYAH ᶜALĀ ŠARḤ AL-WIQĀYAH	عمدة الرعاية على شرح الوقاية وبهامشه: غاية العناية على عمدة الرعاية	**الكتاب** :
Classification	: Hanafit jurisprudence	:فقه حنفي	**التصنيف**
Author	: Imām ᶜAbdul-Ḥayy al-Laknawī	:الإمام عبد الحيّ بن عبد الحليم اللكنوي	**المؤلف**
Editor	: Dr. Ṣalāḥ Muḥammad Abu al-Ḥajj	:د.صلاح محمد أبو الحاج	**المحقق**
Publisher	: Dar Al-Kotob Al-Ilmiyah	:دار الكتب العلميـــة ـ بيروت	**الناشر**
Pages	: 4544 (7 volumes)	:4544 (7 أجزاء)	**عدد الصفحات**
Year	: 2009	: 2009	**سنة الطباعة**
Printed in	: Lebanon	:لبنان	**بلد الطباعة**
Edition	: 1st	:الأولى	**الطبعة**

Aramoun, al-Quebbah,
Dar Al-Kotob Al-Ilmiyah Bldg.
Tel : +961 5 804 810/11/12
Fax: +961 5 804813
P.o.Box: 11-9424 Beirut-Lebanon,
Riyad al-Soloh Beirut 1107 2290

عرمون،القبة،مبنى دار الكتب العلمية
هاتف: ‎+٩٦١ ٥ ٨٠٤٨١٠/١١/١٢
فاكس: ‎+٩٦١ ٥ ٨٠٤٨١٣
ص.ب:١١-٩٤٢٤ بيروت-لبنان
رياض الصلح-بيروت ١١٠٧٢٢٩٠

«عمدة الرعاية في تحرير الكلام وزبدة السعاية في تقرير المرام»

حمد مَن أعلى أعلام الشرع على أعلى المشارع، وشرف عباده بشرائف الشرائع وأسس قواعد الإسلام، وشيَّدَ أصول الأحكام ليتفقهوا في الدين، ويسلكوا مناهج اليقين، تنزَّه بجلال كماله عن إدراك البصائر، وتقدَّسَ بكمال جلاله عن الاشباه والنظائر.

أحمده حمد مَن غاص في بحار الامتثال، فنال درر الفضل والنوال، على ما فتح لنا أبواب الفقه والدراية للترقي إلى مراقي الفلاح، وأوضح لنا معالم العناية للسلوك في سبيل النجاح، ومَنَّ علينا بنصب الراية في مسالك الهداية.

وأشهد أن لا إله إلا الله وحده ولا شريك له، وهو الكبير المتعال، وأشهد أن سيدَنا وسندَنا ومولانا محمداً عبده المجتبى ورسوله المختار، وزين المرسلين والأخيار، إنسان عين الوجود، والسبب في ظهور كلّ موجود، وصاحب الشريعة الغراء الفائحة، والطريقة البيضاء اللائحة، صلى الله تعالى وتبارك وسلم، وبارك عليه وعلى آله بإحسان إلى يوم الدين من الفقهاء والمجتهدين.

أما بعد:

فيقول العبدُ الفقيرُ الحقيرُ المشتاقُ[1] إلى فتح القدير وعونه الكبير أبو حامد محمد عبد الحميد الأنصاري الحنفي القادري اللكنوي الفرنكي محلي[2] - تجاوز الله عما جناه

---

(١) في الأصل: المفتاق.

(٢) وترجمته على ما في «نزهة الخواطر»(٨: ٢٢٨): «الشيخ العالم الفقيه عبد الحميد بن عبد الحليم بن عبد الحكيم بن عبد الرب ابن بحر العلوم عبد العلي محمد الأنصاري اللكهنوي، أحد العلماء المشهورين.

ولد ونشأ ببلدة لكهنؤ، واشتغل أياماً على صنوه عبد المجيد، ثم لازم عمه شيخنا محمد نعيم النظامي اللكهنوي، وتفقه عليه، ودرس مدة طويلة وصنف وذكر، حتى حصلت له الوجاهة العظيمة في عوام أهل البلدة، ولقبته الدولة الإنكليزية بشمس العلماء.

ومن مصنفاته: «الكلام القدسي في تفسير آية الكرسي»، و«الحل الضروري حاشية القدوري»، وله «حاشية على المجلد الثالث من شرح الوقاية» وهو تكملة «عمدة الرعاية» للعلامة عبد الحي اللكهنوي، وله «ضمين الصرف»، ورسائل عديدة بالأردو.

مات في الخامس عشر من شوال سنة ثلاث وخمسين وثلاثمائة وألف».

وأوصله في الدارين إلى غاية ما يتمنّاه بكرمه الخفيّ والجليّ - ابن كنز دقائق المعقول والمنقول، والبحر الرائق من الفروع والأصول، ونور أنوار الطريقة القويمة، شمس فلك الشريعة المستقيمة، العارف الواقف بأسرار الرب الحكيم، مولانا الحافظ الشيخ أبي الحياء محمد عبد الحليم ابن أستاذ أساتذة العصر، وشيخ جهابذة الدهر، مقدام الفضلاء الكرام، إمام الكملاء العظام، قطب سماء التحقيق، مركز دائرة التدقيق، وارث جنات النعيم، مولانا الشيخ أبي البقاء محمد عبد الحكيم - قدس الله تعالى سرهما الشريف، وأعم علينا برّهما المنيف - .

إن علم الفقه لا يخفى جلالة قدره ورفعة شأنه، ولا يفتقر إلى إعلان فضله وبيانه؛ إذ به يعرف تفصيل الأحكام، وتمييز الحلال عن الحرام، فمَن توغّل فيه تعلماً وتعليماً، فقد فاز فوزاً عظيماً؛ ولذا قال أصدق قائل وأنجح سائل[٣]، خير الخيرة وسيد العالمين، صلوات الله وسلامه عليه، وعلى آله في في كل وقت وحين: «مَن يرد الله به خيراً يفقه في الدين»[٤]، و«فقيه واحد أشد على الشيطان من ألف عابد»[٥].

وصنفت فيه متون وجيزة، وشروح غزيرة، ومن أجلها فائدة وأكملها، وأحسنها عائده وأفضلها: «وقاية الرواية في مسائل الهداية» للمحقق العريف والمدقق الغطريف، إمام الفقهاء الفخام، ومستند العلماء الأعلام، عديم السهيم في الفيض العميم، والخير الجاري، برهان الشريعة محمود ابن صدر الشريعة أحمد بن جمال الدين بن أبي المكارم عبد الله بن إبراهيم العبّادي المحبوبيّ البُخاري.

وشرحها للفقيه العلامة والنبيه الفهامة، البحر الزاخر، والغيث الماطر، المشتهر في المشارق والمغارب، صيت فضله الموفور، صدر الشريعة عبيد الله بن تاج الشريعة محمود ابن صدر الشريعة الأكبر المزبور - أدخلهم الله تعالى دار السلام، وأفاض علينا فيوضهم إلى يوم القيام - ، فإنهما لاحتوائهما على المسائل الفرعية والدلائل الشرعية،

(٣) في الأصل: وسائل.

(٤) في «صحيح البخاري»(١: ٣٧)، و«صحيح مسلم»(٢: ٧١٨)، و«سنن ابن ماجة» (١: ٨٠)، وغيرها.

(٥) في «سنن الترمذي»(٥: ٤٨)، و«سنن ابن ماجة»(١: ٨٢)، وغيرها.

هبت عليهما رياح القبول، وصارت امتداد ولين بين النحارير الفحول، واشتهرا في الأمصار كالشمس في نصف النهار.

وكتبوا عليهما الشروح والحواشي؛ لتزيد فوائدهما وتزيل عنهما الغواشي، ومنهم الفاضل الكامل فخر الأماجد والأماثل، البحر الزخار، والغيث المدرار، المحدث الفقير، والمفسّر النبيه، أخي وأستاذي مولانا الحاج الحافظ، أبو الحسنات محمد عبد الحي النصاري الحنفي القادري اللكنوي - رحمه الله العزيز الأكبر الحليم القوي -، وقد علّق على ذلك الشرح تعليقاً نفيساً، حاوياً لحل المشكلات، كافياً لفتح المغلقات، كافلاً لتنقيح المأرب، حافلاً لتوضيح المطالب، متضمناً للفوائد العجيبة، ومشتملاً على النكات الغريبة، وسمّاه بـ

«عمدة الرعاية في حلّ شرح الوقاية».

لكن لما قوض خيام التعليق على المجلدين الأولين من الشرح المذكور، توفّاه الله تعالى، وأقامه في دار الرضوان، ومحلّ السرور، وبقي المجلدان الأخيران محتاجين إلى مثل هذا التعليق الأنيق، والحل الرشيق.

والمشتاقون كانوا في فرط الشوق والغرام، وصار أقلّ لحظات طلبهم ما بين شهر وعام، فلما فرغت من تسويد «الحلّ الضروري لمختصر القدوري»، ووفقت لاختتامه، وفاح مسكّ ختامه، التمسوا أن أُعَلِّقَ عليهما تعليقاً كافياً لإيضاح المطالب، وافياً لتحصيل المآرب، مرصصاً للمسائل الفرعية بالدلائل الشرعية، ضابطاً للفروع والأصول، مؤسّساً للمنقول بالمعقول، مشتملاً على الأبحاث الشريفة، والنكات اللطيفة، مفيداً للطالبين، ومفيضاً للراغبين.

فشرعت فيه مستعيناً بحول الله وقوته، ومتمسكاً بحبل فضله ورحمته، وسمّيته بـ:

«زبدة النهاية لعمدة الرعاية»

اللهم اجعله تذكرة للمتذكرين، وتبصرة للمتبصرين، وانفع به عبادك الطالبين، وتقبَّله منّي واجعله ذخراً ليوم الدين، بحرمة سيّد الأبرار، وآله الأطهار، وأصحابه الأخيار، وصلّ وسلم عليه وعليهم آناء الليل والنهار.

كتاب البيع[1]

[1]قوله: كتاب البيع؛ لَمّا فرغَ المصنّف ﷺ عن «كتابِ الوقف» شرعَ في «كتاب البيع»؛ لمناسبةٍ بينهما، وهي: أن الوقفَ إزالةُ الموقوفِ عن ملكِ الواقف، أمّا على قولهما فظاهر، وأمَّا على قول أبي حنيفةَ ﷺ فبعدَ حكمِ الحاكم.

وفي البيع إزالةُ المبيعِ عن ملكِ البائع، مع إدخالِهِ في ملكِ المشتري، فنُزِّلَ الوقفُ في ذلك مَنْزلة البسيطِ من المركب، والبسيطُ مقدَّمٌ على المركبِ طبعاً، فقدَّمه وضعاً.

ولّما كان البيعُ مصدراً، والأصلُ في المصدر أن لا يثنّى ولا يجمع، فأورده بلفظِ المفرد، ومن جمعَهُ نظراً إلى ما تحته من الأنواع، والبيعُ من الأضداد، يقال على الإخراجِ عن الملك والإدخالِ فيه، ومن هذا قوله ﷺ: «لا يخطبُ الرَّجلُ على خطبةِ أخيه، ولا يبيع على بيع أخيه»[1]: أي لا يشتري على شراءِ أخيه؛ لأنَّ المنهيَّ عنه هو الشِّراءُ لا البيع، ويقع في الغالب على إخراجِ المبيعِ عن الملك قصداً.

ويتعدّى إلى المفعول الثاني تارة بنفسِه، وتارة بحرف الجر، يقال: باعه الشَّيء، وباعَ منه، وربّما دخلت اللاّم، فيقال: بعتكَ الشيء، وبعتَ لك الشيء، وباعَ عليه القاضي: أي من غير رضاه، وكذا الشِّراء قال الله ﷻ: ﴿ وَشَرَوْهُ بِثَمَنٍ بَخْسٍ دَرَاهِمَ مَعْدُودَةٍ ﴾[2]: أي باعوه، ويقع غالباً على إخراجِ الثَّمنِ عن الملكِ قصداً.

والبيعُ مشروعٌ:

١. بالكتاب: وهو قوله ﷻ: ﴿ وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ وَحَرَّمَ ٱلرِّبَوٰا ﴾[3]، وهذا إنكارٌ لتسويةِ الكفَّار بينهما، حيث ﴿ قَالُوٓا۟ إِنَّمَا ٱلْبَيْعُ مِثْلُ ٱلرِّبَوٰا۟ ﴾[4]؛ إذ الحلُّ والحرمةُ ضدّان فأنّى يتماثلان.

٢. وبالسّنّة: وهو قوله ﷺ: «يا معشرَ التّجّارَ إنّ البيعَ يحضره اللَّغو والحلف، فثوِّبوه بالصدقة»[5]، رواه أبو داود.

---

(١) في «صحيح البخاري»(٥: ١٩٧٥)، و«صحيح مسلم»(٢: ١٠٢٩)، وغيرهما.

(٢) يوسف: ٢٠.

(٣) البقرة: ٢٧٥.

(٤) البقرة: من الآية٢٧٥.

(٥) في «سنن أبي داود»(٣: ٢٤٢)، و«المستدرك»(٢: ٦)، و«المنتقى»(١: ١٤٤)، و«جامع الترمذي»(٣: ٥١٤)، وقال: «حسن صحيح».

هُو مُبَادَلَةُ مَالٍ بِمَالٍ

(هُو مُبَادَلَةُ مَالٍ بِمَالٍ[١]

ومن حديث قيس بن عزرة(١) ﷺ: «وكذا بعثَ رسولُ الله ﷺ والنّاس يتبايعون، فقرّرهم على ذلك»(٢)، والتَّقريرُ من وجوهِ السُّنّة.

٣. وأجمعت الأمّة على كونِهِ مشروعاً.

٤. وبالمعقول: وهو أنَّ الله تعالى جعلَ الملكَ سبباً لإقامةِ مصالح العباد، وشرعَ التِّجارةَ طريقاً إلى الاكتساب، وكلُّ ما يحتاجُ إليه كلّ أحدٍ لا يوجدُ مباحاً في كلّ موضع، وفي الأخذِ على سبيلِ التَّغالب فسادٌ، فشرعَ اللهُ أخذَ المالَ بالمالِ بالتَّراضي؛ لطفاً بالعباد، ورغّب إليه رسولُ الله ﷺ كما روي عن رافع بن خديج قال: «قيل يا رسول الله أي الكسب أطيب؟ قال: عملُ الرَّجلِ بيده وكلُّ بيعٍ مبرور»(٣) رواه أحمد.

[١] قوله: **مبادلة مال بمال**: مصدر مضاف إلى مفعوله الأول، والفاعل محذوف، والتقدير أن تبادلَ المتبايعان مالاً بمال، فمال مفعول أوّل، وبمال مفعول ثان بواسطة حرف الجر، والمبادلة: باهم معاوضة كردن. كذا في «الصراح»(٤).

فتكون على وجه التمليك فلا حاجة إلى تقديره؛ ولإخراج الرهن كما فعله بعضهم، وهذا احترازٌ عن الهبة، ولو كانت بعوض، فإن الهبة بشرط العوض وإن كانت في حكم البيع بقاءً لكنّها في ابتداءِ العقد تبرّعٌ محضٌ لا مبادلة، فلا حاجة لإخراجه إلى قيد التجارة أو الاكتساب كما فعله بعضُهم.

---

(١) في الأصل: غزرة، والمثبت من كتب التراجم.

(٢) هذا الحديث بهذا اللفظ لم يرد، ولكن كما هو معلوم أنه واقع لا محالة، والفقهاء بذكرهم للأحاديث يعتنون بالمعنى لا باللفظ، وقد ذكر الزيلعي في «نصب الراية»(٤: ١٥٤) كثير من الأحاديث التي تشهد لهذا الحديث.

(٣) في «مسند أحمد»(٣: ٤٦٦)، و«المستدرك»(٢: ١٢)، وغيره، قال الهيتمي في «مجمع الزوائد»(٤: ٦٠): «وفيه المسعودي وهو ثقة ولكنه اختلط، وبقية رجال أحمد رجال الصحيح».

(٤) «الصراح في ترجمة الصحاح» لمحمد بن عمر بن خالد، المدعو بجمال القوشي، «والصراح» فيه مفردات اللغة بالفارسية، ويحكى فيها الآيات والأشعار والأمثال بالعربية، (ت بعد ٦٨١). ينظر: «هديةالعارفين»(٢: ١٦).

يَنْعَقِدُ بإيجَاب وَقَبُول

يَنْعَقِدُ بإيجَاب وَقَبُول[1]

والمال لغة: خواسته وايخه در ملك كسي باشد. كذا في «المنتهى الأرب»، وقال صاحب «البحر»(١) ناقلاً عن «الكشف»: «المال: ما يميل إليه الطبع ويمكن ادخاره لوقت الحاجة، والمالية: إنّما تثبت بتموُّل الناس كافّة، أو بتقوُّم البعض، والتقوم: يثبتُ بها وبإباحة الانتفاع به شرعاً.

فما يكون مباح الانتفاع بدون تموُّل [الناس] لا يكون مالاً كحبة حنطة، وما يكون مالاً بين الناس ولا يكون مباح الانتفاع لا يكون متقوّماً كالخمر، وإذا عدم الأمران لم يثبت واحد منهما كالدم». انتهى.

فخرجَ به الميّتة والدم وحبة الحنطة وشعيرة وكفّ تراب وشربة ماء ممّا هو ليس مال، وبقي الخمر والخنزير وغيرهما مما هو مال لكنّه غير متقوّم للمسلم، اللَّهُمَّ إلاَّ أن يقال المراد بالمال ما هو محلُّ البيع، ومحلُّه مال متقوّم كما هو العُرف عند الفقهاء، والعرف يكون قرينة.

[١]قوله: ينعقدُ بإيجاب وقبول؛ الانعقادِ: عبارةٌ عن انضمامِ كلامِ أحد المتعاقدين إلى الآخر.

والإيجابُ: كلام أوَّلِ مَن يتكلَّم من المتعاقدين حالَ إنشاء البيع، سُمِّيَ بالإيجابِ مبالغةً لكونِهِ موجباً ومثبتاً للآخرِ خيار القَبول.

والقبولُ: كلامُ ثاني مَن يتكلَّمُ منهما في تلك الحال، وظاهرُ الكلامِ مشعرٌ بأنَّ الإيجابَ والقبولَ خارجان عن البيع، وآلتان له، مع أنَّ المصنّفَ ﷺ قد صرَّحَ هاهنا بكونهما علّة ماديّة.

وفي «التوضيح»: «بأنَّ البيعَ هو المجموعُ المركّبُ من الإيجابِ والقبولِ الموجودين حسّاً»(٢)، والمرتبطين ارتباطاً حكميّاً، فالتأويل أنَّ الباءَ في قوله: «بمال»، بمعنى: «من»، فلا حاجةَ إلى ما قرَّره أخي جلبي(٣)، وهاهنا أبحاثٌ لطيفةٌ مودعةٌ في المبسوطات.

---

(١) «البحر الرائق»(٥: ٢٧٧).

(٢) انتهى من «التوضيح»(١: ٤١٤).

(٣) في «ذخيرة العقبى»(ص٣٤٧).

بِلَفْظَي مَاضٍ

بِلَفْظَي مَاضٍ[1]

[١] قوله: بلفظي ماض؛ ولا بُدَّ أن يكون أحدُهما يدلُّ على الإيجاب: كأعطيتُك وجعلتُ لك هذا بكذا، أو على القَبول: كأجزتُ وأخذت، وإنّما شرطَ المضي فيهما؛ لأنَّ البيعَ إنشاءُ تصرُّف، والإنشاءُ يعرفُ بالشَّرع؛ لأنَّ الواضعَ لم يضعْ له لفظاً خاصّاً.

والشَّرعُ استعملَ فيه اللَّفظَ الذي وضعَ للإخبارِ عن الماضي؛ لأنّه يستدعي سبقَ المخبرِ عنه؛ ليكونَ الكلامُ صحيحاً، فكان أوَّل من غيره على تحقّق الوجود، فكان أنسبَ بالإنشاءِ المحصل للوجود؛ ولأنَّ الماضي إيجابٌ وقطع، والمستقبلُ عِدَةٌ وأمرٌ وتوكيل؛ فلهذا انعقدَ بالماضي.

فإن قيل: لو قال: خذ هذا بألف، فقبلَ المشتري، انعقدَ البيع؟

أجيب: بأنَّ انعقادَهُ ليسَ بلفظ: «خذ»، بل بالماضي الثَّابتِ اقتضاءً؛ لأنّه لمّا أمرَهُ بالأخذِ بألف، وليس له ولايةُ ذلك إلاَّ بالبيع، فصارَ كأنّه قال: بعتك هذا بألفٍ فخذه؛ لذا قال في «الدراية»: ولا ينعقد إن كان أحد اللَّفظينِ مستقبلاً نحو أن يقول البائع: أبيعُك، اشترِ مني، فقال المشتري: اشتريت، أو يقول المشتري: بعني، فقال البائع: بعتُ. كذا في «الكافي».

وفي «شرح الطحاوي»: إذا كان أحدُ اللّفظين مضارعاً إن أرادَ بالمضارعِ الحال فيعتمد، وإن أرادَ به الاستقبالَ والوعدَ لا ينعقدُ. وذكرَ البِرْجَنْدِيُّ ناقلاً عن «التحفة»[1]: إنّه باللَّفظين الماضيين ينعقدُ بدونِ نيّة الإيجابِ الحالي، وأمّا إذا كان أحدهما بلفظ المستقبل فلا ينعقدُ إلاَّ بنيّة الإيجاب.

وقال صاحبُ «القُنْيَة»[2]: «هذا الفقه، وهو أنَّ الشَّرعَ جعلَ الإيجابَ والقبولَ علامةَ الرِّضاء، والإخبارُ عن الحال أدّل على الرِّضاءِ وقتَ العقدِ من الماضي». وإن شئتَ التَّحقيق فارجع إلى «البحر الرائق»[3]، و«فتح القدير»[4].

---

(١) «تحفة الفقهاء»(٢: ٣٠).

(٢) «قنية المنية»(ق١٤٦/أ).

(٣) «البحر الرائق»(٥: ٢٨٥).

(٤) «فتح القدير»(٥: ٤٥٦)

وبتَعَاطٍ

وبتَعَاطٍ[١](١)

فإن قلت: قد ينعقدُ البيعُ بلفظٍ واحد، كما في بيعِ الأب من طفلِه وشرائه منه، بأن يقول: بعتُ هذا منه بكذا، أو اشتريتُ هذا من ابني، فكيف يصحُّ قول الماتن: ينعقدُ بإيجابٍ وقبولٍ بلفظي ماضٍ؟

قلت: عبارة الأب؛ لكمال شفقته ووفور محبّته أقيمت مقامَ العبارتين، فلم يَحْتَجْ القَبول، فكان أصيلاً في حقّ نفسه، نائباً عن طفله حتى إذا بلغَ عليه دون أبيه.

[١]قوله: وبتعاط؛ لأنّ جوازَهُ باعتبارِ الرِّضاء وقد وجد، وحقيقته: وضعُ الثَّمنِ وأخذُ المثمّن عن تراضي منهما في المجلسِ كما قالوا، وهو يفيد أنّه لا بُدَّ من الإعطاءِ من الجانبين، وعليه الأكثرُ كما ذكره الطَّرسُوسيّ(٢)(٣)، وأفتى به الحَلْوَانيّ، وفي «البَزَّازيَّة»(٤): إنّه المختار.

لكن في «التنوير»(٥): ويكتفى بالإعطاءِ من أحد الجانبين على الأصحِّ إذا لم يصرِّحْ مع التعاطي بعدمِ الرضاء، وفي «المنح»(٦): وهكذا صحّحه الكمالُ في «الفتح»(٧)، ونصَّ محمَّدٌ ﷺ على أنَّ بيعَ التَّعاطي يثبتُ بقبضِ أحدِ المتعاقدين، وهذا ينتظمُ المبيع والثّمن.

---

(١) التعاطي: وضع الثمن وأخذ المثمن عن تراض منهما من غير لفظة بعت واشتريت. ينظر: «أنفع الوسائل»(ص٢٣٣).

(٢) وهو إبراهيم بن علي بن أحمد الطَّرسوسي، نجم الدين، قاضي القضاة، من مؤلفاته: «أنفع الوسائل إلى تحرير المسائل»، و«الفتاوى الطرسوسية» و«محظورات الإحرام»، و«الإشارات في ضبط المشكلات»، و«شرح الفوائد المنظومة»، (ت٧٥٨هـ). ينظر: «تاج التراجم»(ص٨٩ - ٩٠)، و«الفوائد»(ص٢٧ - ٢٨).

(٣) في «أنفع الوسائل»(ص٢٣٣).

(٤) «الفتاوى البزازية»(١ : ٣٦٨).

(٥) «تنوير الأبصار»(ص١٢٤).

(٦) «منح الغفار شرح تنوير الأبصار»(ق٢/٢ب).

(٧) «فتح القدير»(٥ : ٤٦٠).

في النَّفِيسِ وَالخَسِيسِ

في النَّفِيسِ[١] وَالخَسِيسِ(١))، فمُبادلةُ المال[٢] بالمالِ علَّةٌ صُوريَّةٍ لِلبَيْعِ، والإيجابُ والقَبُولُ والتَّعَاطِي عِلَّةٌ مادِيَّةٌ له، والمُبَادلة تَكُونُ بين اِثْنَيْن فهما العِلَّةُ الفَاعِلِيَّةُ

وفي «القاموس» وغيره: «التّعاطي: هو التّناول»(٢). وهو إنّما يقتضي الإعطاءَ من جانب لا الإعطاء من الجانبين كما فَهِمَ الطَّرسُوسيّ، وفي «الكركي»(٣): وبه يُفْتَى، واكتفى الكِرْمَانِيُّ بتسليمِ المبيعِ مع بيانِ الثّمن، أمّا إذا دفعَ الثَّمن ولم يقبض فلا يجوز. كذا في «مجمع الأنهر»(٤).

[١]قوله: **في النّفيس والخسيس**؛ والمراد بالنَّفيسِ ما يكثر ثمنُهُ كالعبيدِ والإماء، وبالخسيس: ما يقلّ ثمنُهُ كاللَّحمِ والخبزِ وغيرهما، ومنهم من حدَّ النَّفيسَ بنصابِ السَّرقةِ فأكثر، والخسيسُ بما دونه. كذا في «المنح»(٥).

[٢]قوله: **فمبادلة المال**... الخ؛ تفريعٌ على ما سبقَ من تعريفِ البيع، اعلم:

أوّلاً: أنَّ العلّة ما يحتاجُ إليه الشَّيءُ في الوجود، وهي إما أن تكون جزء من المعلول أو خارجاً عنه:

والأوَّل إمّا أن يحصلَ المعلولَ له بالقوّة وهي العلّة الماديّة، أو بالفعل وهي العلّة الصوريّة، وهاتان داخلتان في المعلول.

والثاني: إمّا أن يصدرَ عنه المعلول: وهي العلّة الفاعليّة، أو لا يصدرُ عنه بل لأجله، وهي العلَّةُ الغائيّة، وهاتان خارجتان عن الماهية.

وثانياً: إنَّ المصنِّفَ ﷺ قال في «التوضيح شرح التنقيح»(٦): «المرادُ بالحسيّاتِ ما

---

(١) الخسيس: كحزمة بقلة وتفاحة ورمانة، والنفيس: كعقد جوهر، ومنهم من حد النفيس بنصاب السرقة فأكثر، والخسيس بما دونه. ينظر: «منح الغفار»(ق٢: ٢/ب).

(٢) انتهى من «القاموس»(٤: ٣٦٦).

(٣) وهو إبراهيم بن عبد الرحمن بن محمد الكَرَكِيّ الحنفي، برهان الدين، من مؤلفاته: «فيض المولى الكريم على عبد إبراهيم» في فتاوى الفقه الحنفي، (٨٣٥ - ٩٢٢هـ). ينظر: «الكشف» (٢: ١٣٠٣)، و«النور السافر»(ص١٠١ - ١٠٣)، و«الضوء اللامع»(١: ٥٩ - ٦٤).

(٤) «مجمع الأنهر»(٢: ٥).

(٥) «منح الغفار»(ق٢/٢ب).

(٦) «التوضيح»(١: ٤١٤).

هو الصَّحِيحُ

ولم يَقُلْ[١] على سبيلِ التَّراضي لِيَشْمَلَ ما لا يكونُ بالتَّراضي: كبيعِ المكره؛ فإنَّه بيعٌ منعقدٌ، (هو الصَّحِيحُ[٢]).

إِنَّمَا قال هذا لأَنَّ[٣] عند البعض(١)

لها وجود حسيّ(٢) فقط، والمرادُ من الشرعيّات ما لها وجودُ الشرعيّ مع الوجودِ الحسيّ: كالبيع؛ فإنّ له وجوداً حسيّاً، فإنّ الإيجابَ والقبولَ موجودان حسّاً، فمع هذا الوجودِ الحسيّ له وجودٌ شرعيّ». انتهى بقدرِ الضَّرورة.

ومرَّ سابقاً أنّه هو المجموعُ المركّبُ من الإيجابِ والقبول، فالإيجابُ والقَبولُ والتَّعاطي قوامُ البيع، وبينهما وبين المبادلةِ افتقارٌ والتزام، فلمَّا كان الإيجابُ والقَبولُ والتَّعاطي بمنزلةِ المادّة، والمبادلةُ بمنزلةِ الصّورة، وصارَ الإيجابُ والقَبولُ أو التعاطي علّة ماديّة، والمبادلة علّة صوريّة.

ولَمّا كان البيعُ صادراً من المتعاقدين، وحاصلاً منهما، صار علّةً فاعليّة، وبقيت العلّة الغائية: وهي المصالحُ المُتَرتِّبة على البيعِ التي صدرَ البيعُ عن المتعاقدين لأجلِها، وتركها المصنّف هاهنا اكتفاءً بذكرها في (كتاب النكاح)، ونظراً إلى ظهورها بخلافِ العللِ المذكورة، فإن فيها إخفاءً بالنِّسبة إلى تلك العلّة.

[١]قوله: ولم يقل...الخ؛ لأنَّ قيدَ التَّراضي يخرجُ بيعَ المكره، وأنّه بيعٌ أيضاً وإن كان فاسداً لما صرَّحوا بأنَّ الملكَ يثبتُ به عند القبض للفساد، فلا يناسبُ ذكرَ التَّراضي في التّعريف؛ ولذا قال في «الفتح»: «إنَّ التراضي ليس جزء مفهوم البيع الشرعيّ، بل شرط ثبوت حكمِهِ شرعاً». انتهى(٣).

[٢]قوله: هو الصحيح؛ لأنّه وجدَ التَّراضي، وهو المعتبرُ في الباب، إلا أنّه لّما كان باطناً أقيمَ الإيجابُ والقبولُ مقامَه؛ لدلالتهما على التّراضي، والتّعاطي أدلُّ على الرِّضاء منهما. كذا في «الكفاية»(٤).

[٣]قوله: لأنَّ عند البعض... الخ؛ وهو الكَرْخِيّ، فإنّه قال: إنّما ينعقدُ البيعُ

---

(١) أي الكرخي فإنه قال ينعقد بالأشياء الخسيسة فقط. ينظر: «الفتح»(٥: ٤٥٩).

(٢) في الأصل: الحسي، والمثبت من «التوضيح».

(٣) من «فتح القدير»(٥: ٤٨٨ – ٤٦٦).

(٤) «الكفاية شرح الهداية»(٥: ٤٦٠).

....

إنَّما يَنْعَقِدُ بالتَّعاطي في الخسيسِ لا في النَّفيس، والتَّعاطي عند البعضِ(١) الإعطاءُ من الجانبينِ[١]، ويكفي عند البعضِ(٢) من أحدِ الجانبين، كما إذا ساوَمَ[٢] وأخذَ المبيعَ ولم يكن معه وعاءٌ ليجعلَ المبيعَ فيه فكَالَهُ ففارَقَهُ، فَجَاءَ بالوعاءِ وأعطى الثَّمَنَ فهو جائزٌ.

بالتعاطي في الأشياءِ الخسيسة، ومذهبُ الشَّافعيِّ وأحمد ﷺ أنَّ البيعَ لا ينعقدُ بالتّعاطي؛ لأنَّ الأفعالَ لا دلالةَ لها بالوضعِ على مقاصدِ النّاس. كذا في «كمال الدراية»(٣).

والجواب ما مرَّ من ضمنِ الاستدلالِ على مذهبنا، وقال مالك ﷺ: ينعقدُ بكلِّ ما يعدُّهُ النَّاسُ بيعاً؛ لأنَّ المقصودَ المبادلةَ بالرضاء، فمتى حصلت ثبتَ حكمُ البيع، ولأنَّ الشَّارع لم يثبتْ منه اشتراطُ اللَّفظِ فوجبَ الرُّجوعُ إلى العُرف.

[١]قوله: **من الجانبين**؛ لأنّه من المعاطاة، وهي مفاعلة، فيقتضي حصولها من الجانبين كالمضاربةِ والمقاسمةِ والمخاصمة، وعليه أكثرُ المشايخ، كما ذكره نجمُ الدِّين الطَّرْسُوسِيُّ(٤)، وأفتى به الحَلْوَانِيّ، وفي «البَزَّازِيّة»(٥): إنّه المختار. كذا في «المنح»(٦)، ونقلَ القاضي أبو المكارمِ في شرحِهِ للـ«نقاية»(٧) عن «الفوائدِ المسموعة» عن صاحبِ «المحيط»: إنَّ المختارَ عندي أنّه يشترطُ الإعطاءُ من الجانبين. انتهى.

[٢]قوله: **كما إذا ساوم... الخ**؛ ولَمَّا كان التعاطي عند البعضِ من الجانبين

---

(١) منهم: الحلواني والسغدي، وصاحب «البزازية»(١: ٣٦٨)، والطرسوسي في «أنفع الوسائل» (ص٢٣٣)، وقال: عليه الأكثر.

(٢) منهم: أبو الفضل الكرماني، والسرخسي، وقاضي خان، وأبو اليسر، وصاحب «القنية»، وابن الهمام في «الفتح»(٥: ٤٦٠)، والتمرتاشي في «التنوير»(ص١٢٤)، و«المنح»(ق٢/٢ب)، وقال الكركي في «الفيض»: وبه يفتى، وأيده الحصكفي في «الدر المختار»(٤: ١١)، و ينظر: «شرح ابي المكارم»(ق٣٣٣)، و«مجمع الأنهر»(٥: ٢).

(٣) «كمال الدراية في شرح النقاية»(ق٣٦٣).

(٤) في «أنفع الوسائل»(ص٢٣٣).

(٥) «الفتاوى البزازية»(١: ٣٦٨).

(٦) «منح الغفار»(ق٢: ٢/ب).

(٧) «شرح النقاية»(ق٣٣٣).

وإذا أوجبَ واحدٌ قَبِلَ الآخَرُ في المجلسِ كلَّ المَبِيع بكلِّ الثَّمَنِ أو تَرَكَ

ولو قال: كيف تَبِيعُ الحنطة؟ فقال: قفيزاً[1] بدرهمٍ، فقال: كِلْ لي خمسةَ أَقْفِزَةٍ، فكَالَ، فذَهَبَ بها، فهذا بيعٌ، وعليه خمسةُ دراهم.

(وإذا أوجبَ واحدٌ قَبِلَ[2] الآخَرُ في المجلسِ[3] كلَّ المَبِيع بكلِّ الثَّمَنِ[4] أو تَرَكَ

ومثالُهُ لا خفاءَ فيه، فإنّ صورتَه أن يضعَ فلساً مثلاً، ويأخذَ المبيعَ المقدّر به، وعند البعضِ من جانبٍ واحد: أي من جانبِ المشتري أو البائع، أورد المثالين:

والأوّل: مثالٌ للتعاطي من جانبِ المشتري؛ ولهذا ذكرَ المساومة، وفرضَ عدمَ الوعاء ومفارقةَ المشتري؛ لأجلِ تحصيلِ الوعاءِ يتحقّقُ أنّ هذا التّعاطي ليس من جانبِ البائع.

والثاني: مثالٌ للتعاطي من جانبِ البائع، وذكرَ دينَ الخمسة على المشتري؛ ليتعيّنَ أنّ هذا التّعاطي ليس من جانبه بل من جانب البائع.

[١]قوله: قفيزاً؛ قال في «المصباح المنير»: «القفيزُ مكيال، وهو ثمانيةُ مكاييل، والجمعُ أقفزة، والقفزان». انتهى(١).

[٢]قوله: قبل...الخ؛ أي الآخرُ بالخيارِ إن شاءَ قبل، وإن شاءَ تركَه وردّه؛ لأنه لو لم يثبتْ له الخيار، يلزمُهُ حكمُ العقدِ من غيرِ رضاه، وما فرضناه بيعاً لم يكن بيعاً.

[٣]قوله: في المجلس؛ لأنّ المشتري يحتاجُ إلى الفاعلِ في أنّه يوافقه أو لا، فجَعْلُ ساعاتِ المجلسِ كساعةٍ واحدة تيسيراً، وفي «الخزانة»: لو تبايعا في المشي فقال البائع: بعتُ منك كذا، وقال المشتري بعدما مشى خطوةً أو خطوتين: اشتريت، لا ينعقدُ البيعُ في ظاهرِ الرِّواية، وقيل: ينعقدُ إذا أجابَ المخاطبُ موصولاً بالخطاب، وهوالمختارُ عند البعض. كذا ذكره البِرْجَنْدِيّ.

[٤]قوله: كلّ المبيع بكلِّ الثمن؛ لا بعضه ببعضه؛ لأنَّ فيه تفريقَ الصَّفقة، وأحدُ المتعاقدين لا يملكُ ذلك؛ لأنَّ فيه ضرراً لأحد منهما؛ فلهذا لم يجزْ تفريقُ الصَّفقةِ من أحدهما.

---

(١) من «المصباح المنير»(ص٥١١).

إلاَّ إذا بَيَّنَ ثمنَّ كلٍّ، وما لم يَقْبَلْ بطلَ الإيجابُ إن رَجَعَ الموجِبُ أو قامَ أَيُّهما عن مجلسِهِ وإذا وُجِدَ أُلْزِمَ البيعَ

إلاَّ إذا بَيَّنَ[١] **ثمنَّ كلٍّ)** أي إذا قال: بعتُ هذا بدرهمٍ وذلك بدرهمٍ، فقَبِلَ أحدُهما بدرهمٍ يجوز.

(وما لم يَقْبَلْ بطلَ الإيجابُ إن رَجَعَ[٢] **الموجِبُ أو قامَ**[٣] **أَيُّهما عن مجلسِهِ وإذا وُجِدَ أُلْزِمَ البيعَ)**

[١]قوله: **إلاَّ إذا بَيَّن**؛ أي الموجبُ ثمنَ كلٍّ مما قَبِلَ الآخر وممّا ترك؛ لأنّ ذلك دليلٌ على رضاه بالتَّفريق؛ ولأنَّ الإيجابَ حينئذٍ في معنى إيجاباتٍ متعدّدة، أمّا إذا كرَّرَ في البيانِ لفظَ البيعِ بأن قال: بعتُك هذين بدرهمين، بعتُ هذا بدرهم، وبعت هذا بدرهم، يجوزُ اتّفاقاً.

وأمّا إذا لم يكرِّر بعتك هذين بدرهمين، كلُّ واحدٍ بدرهمٍ فيجوز عندها، خلافاً للإمام؛ بناءً على أنَّ البيعَ يتكرَّرُ بتكرُّرِ لفظ: بعتُ عنده، وبتفصيلِ الثَّمن عندهما، كذا في أكثر المعتبرات.

[٢]قوله: **إن رجع**؛ لأنَّ المانعَ من الرُّجوعِ لزومُ إبطالِ حقِّ الغيرِ وهو منتفٍ هاهنا؛ لأنَّ الإيجابَ لا يفيدُ الحكمَ بدونِ القَبول.

فإن قيل: يلزمُ هاهنا إبطالُ حقِّ الغير، فإنَّ الموجِبَ إن كان المشتري ففي رجوعِهِ إبطالُ حقِّ البائع، وهو تملّكه الثّمن، وإن كان البائعُ ففي رجوعِهِ إبطالُ حقِّ المشتري، وهو تملّكُهُ المبيع.

أجيب: بأن الحقَّ للموجِب؛ لأنه أثبت ولاية للآخر؛ وبأن حقَّ التملُّكِ لا يعارضُ حقيقةَ الملك للبائع؛ لكونِها أقوى منها.

[٣]قوله: **أو قام**؛ لأنَّ القيام دليل الإعراض والرجوع، ولهما ذلك قبل القَبول، فإن قَبِلَ بعد القيامِ لا يفيدُ قَبوله؛ لأن الإيجابَ بطلَ بما يدلُّ على الإعراض.

وَصَحَّ البيع في العِوضِ المُشَارِ إليه بلا عِلْمٍ بقَدْرِهِ ووَصْفِه، لا في غيرِ المشارِ إليه

أي لا يَثْبُتُ خيارُ المجلسِ خلافاً للشَّافِعيّ[١](1) ﷺ، ولَمَّا ذكرَ الإيجابَ والقَبُولَ أراد أَن يَذْكُرَ الثَّمَنَ والمَبيع، وإِنَّما قَدَّمَ ذِكْرَ الثَّمَن؛ لأَنَّهُ وسيلةٌ إلى حصولِ المَبيع، وهو المَقْصُود، والوسائلُ مُتَقَدِّمَة على المقاصد، فقال:

(**وَصَحَّ البيع في العِوضِ[٢] المُشَارِ إليه بلا عِلْمٍ[٣] بقَدْرِهِ ووَصْفِه، لا في غيرِ المشارِ إليه**) فإِنَّه حينئذٍ لا بُدَّ أَن يذكُرَ قدرَهُ ووَصفَه.

---

[١]قوله: **خلافاً للشافعي** ﷺ؛ فإنّه قال: لكلٍّ من العاقدين بعد تمام العقد، أن يَرُدَّ العقدَ بدون رضاء صاحبِهِ ما لم يتفرَّقا بالأبدان؛ لقوله ﷺ: «المتبايعان بالخيار ما لم يتفرَّقا» أخرجَه الأئمة السِّتّة(2).

ولنا: أن في الفسخ إبطال حقّ الغير فلا يجوز، والحديث محمول على خيار القَبول كما نقل عن إبراهيم النَّخَعِيّ، وفيه إشارة إليه، فإنّهما متبايعان حال المباشرة لا بعدها، أو يحتمله فيحمل عليه، والتفرُّقُ فيه تفرُّقُ الأقوال. كذا في «الهداية»(3)، وزيادة التفصيل في «العناية»(4)، وغيرها من المبسوطات.

[٢]قوله: **في العوض**؛ مبيعاً كان أو ثمناً، فإن كلّ منهما عوضٌ إلى الآخر، والحكم المذكور مشترك بينهما.

[٣] قوله: **بلا علم**... الخ؛ لأن الإشارةَ أقوى أسباب التعريف، وجهالةُ القدر والوصف معها لا تفضي إلى المنازعة، فلا تمنع الجواز؛ لأن العوضين حاضران والأموال الربويّة مستثناةٌ من هذا الحكم.

---

(١) ينظر: «الأم»(٣: ٣٧)، و«نهاية المحتاج»(٤ : ٤)، و«فتوحات الوهاب»(٣: ١٠٤)، وغيرها.

(٢) في «صحيح البخاري»(٢ : ٧٣٢)، و«صحيح مسلم»(٣: ١١٦٣)، و«سنن أبي داود»(٣: ٢١٣)، و«سنن الترمذي»(٣: ٥٤٨)، و«سنن النسائي»(٤ : ٧)، و«سنن ابن ماجة»(٢: ٧٣٦)، وغيرها.

(٣) «الهداية»(٣: ٢١).

(٤) «العناية»(٥ : ٤٦٥ - ٤٦٦).

وبِثَمَنٍ حالٍ

(وبِثَمَنٍ[١] حالٍ[٢]

[١]قوله: وبثمن؛ اعلم أنَّ الأعيانَ ثلاثة: نقود، وسلع، ومقدرات، فبيعُ غيرِ النُّقودِ بالنُّقودِ ويشتملُ على المبيع المحض، والثَّمنُ المحضُ وماعدا ذلك يتردد بين كونه مبيعاً وثمناً، فالتمييز أنّ دخول الباء ثمن وغيره مبيع(١).

[٢]قوله: حال؛ قال في «المصباح المنير»: «حَلَّ الدين يَحِلّ بالكسر حلولاً: انتهى أجلُهُ فهو حال». انتهى(٢). وفي «منتهى الأرب»: واجب، ومنه الدّين الحالّ: يعني خلاف مؤجَّل.

---

(١) ما حدّ به المحشي الثمن والمبيع ليس على إطلاقه، وسينقل في باب الإقالة عن ابن عابدين ضابط ذلك إن شاء الله، وتفصيل ذلك على ما ذكرته في «مذكرات في فقه المعاملات»(ص١١٧) عن «بدائع الصنائع»(٥: ٢٣٣):

أولاً: الدراهم والدنانير؛ فهي أثمان على كل حال؛ لأنهما لا تتعين بالتعيين بحال فكانت أثماناً على كل حال.

ثانياً: ما سوى الدراهم والدنانير من الأموال، فلها حالتان:

الأول: إن كان مما لا مثل له من العدديات المتفاوتة والذرعيات، فهو مبيع على كل حال؛ لأنها تتعين بالتعيين، بل لا يجوز بيعها إلا عيناً إلا الثياب الموصوفة المؤجلة سلماً، فإنها تثبت ديناً في الذمة مبيعة بطريق السلم استحساناً بخلاف القياس لحاجة الناسِ إلى السلم فيها، وكذا الموصوف المؤجل فيها لا بطريق السلم يثبت دينا في الذمة ثمناً استحساناً.

الثاني: إن كان مما له مثل كالمكيلات والموزونات والعدديات المتقاربة، فله وجهان:

١. إن كان في مقابلة المكيل أو الموزون دراهم أو دنانير، فهو مبيع.

٢. إن كان في مقابلة المكيل أو الموزون ما لا مثل له، فله الصور التالية:

أ. إن كان المكيل أو الموزون معيّناً فهو مبيع.

ب - إن لم يكن معيناً يحكم فيه حرف الباء فما دخله فهو ثمن، والآخر مبيع.

ج - إن كان أحدهما معيناً، والآخر موصوفاً، فإنه يحكم فيه حرف الباء فما صحبه فهو الثمن، والآخر المبيع.

د - إن كان كل واحد منهما موصوفاً فإنه يحكم فيه حرف الباء فما صحبه فهو الثمن، والآخر المبيع.

ثالثاً: الفلوس الرائجة؛ فإن قوبلت بخلاف جنسها فهي أثمان، وكذلك إن قوبلت بجنسها متساوية في العدد، وإن قوبلت بجنسها متفاضلة في العدد فهي مبيعة

(٢) من «المصباح المنير»(ص٤٧).

وإلى أجلٍ عُلِمَ. وبالثَّمَنِ المطلقِ، فإنِ استوتْ ماليَّةُ النُّقُود، فعلى ما قُدِّرَ به من أيِّ نوعٍ شاء

وإلى أجلٍ[1] عُلِمَ.

وبالثَّمَنِ المطلقِ): أي لم يَذْكُر[2] صِفَتَهُ بأن قيل: بعتُ بعشرةِ دراهم، **(فإنِ استوتْ ماليَّةُ النُّقُود، فعلى ما قُدِّرَ به من أيِّ نوعٍ شاء[3])**: أي يَقَعُ البيع على عشرةِ دراهم من أيِّ نوعٍ كان: أي يُعْطِي المُشْتَري أيّ نوعٍ شاء

[1]قوله: **وإلى أجل**؛ يعني إذا بيعَ بخلافِ جنسِهِ ولم يجمعهما قدر، فإنّه لو بيعَ مع جنسِهِ وجمعهما قدر، لم يجزْ تأجيلُهُ لما فيه من ربا النَّساء كما صرَّح به غيرِ واحدٍ من الفقهاء، ولعلَّ المصنِّف ﷺ تركَ هذا القيدَ اعتماداً على ما يأتي.

عُلِمَ؛ إنّما قيّدَ الأجل بكونِهِ معلوماً؛ لأنَّ جهالةَ الأجلِ تفضي إلى المنازعة، فإنَّ البائعَ يطالبُ في مدّة قريبة، والمشتري يأباها.

[2]قوله: **أي لم يذكر... الخ**؛ لَمّا كان قول: المصنِّف ﷺ؛ وهو المطلقُ موهماً أنّ المرادَ بالمطلق ما لم يذكرْ قدرُهُ ولا وصفُه، دفعَه بأنَّ المراد: المطلقُ عن تسميةِ الوصف فقط.

[3]قوله: **فعلى ما قدّر به من أي نوع شاء**؛ من غير تقيّد بنوعٍ معيّن؛ لأنّه لا منازعة؛ لاستوائها في الرّواج، ولا اختلافَ من الماليّة، وإن كان الاختلافُ في الرَّواجِ فعلى ما هو أروج، كذا صرَّحوا به فينبغي أنّ يقيِّدَ المصنّفُ ﷺ بهذا القيد. واعلم أنَّ المسألة رباعيّة، فإنَّ النّقودَ:

١. إمّا أن تستويَ في الماليّة والرّواجِ معاً.
٢. أو يختلفُ فيهما.
٣. أو تستوي في الماليّة فقط.
٤. أو الرَّواج فقط.

ففي الصُّورةِ الأولى: المشتري بالخيارِ في دفعِ أيُّهما شاء، فلو طلبَ البائعُ أحدَهما فللمشتري أن يدفعَ غيرَه؛ لأنَّ امتناعَ البائع عن قَبولِ ما دفعَه المشتري تعنّت؛ لأنَّ الاختلافَ في الاسم، ولا فضلَ لواحدٍ منهما على الآخر.

وإن اختلفت فعلى الأروج وفسدَ إن استوى رواجُها، إلاّ إذا بَيَّنَ أَحَدَها، وفي الطَّعام والحُبوبِ كَيْلاً وجُزَافاً إنْ بِيعَ بِغَيْرِ جنسِه

(**وإن اختلفت فعلى الأروج**[١] **وفسدَ إن استوى رواجُها**): أي في صورَةِ اختلافِ ماليَّةِ النُّقود، (**إلاّ إذا بَيَّنَ أَحَدَها**): أي أحدَ النُّقودِ، وهذا استثناءٌ مُنْقَطِعٌ؛ لأنَّ البحثَ في البيع بالثَّمَنِ المطلقِ، فلا يكونُ حال بيانِ أحدِ النُّقودِ من جنسِ أحوالِ إطلاقِ الثَّمَنِ، ثم بعد ذكر الثمن شرعَ في ذكرِ المبيع، فقال:

(**وفي الطَّعام**[٢] **والحُبوبِ كَيْلاً وجُزَافاً**[٣] **إنْ بِيعَ**[٤] **بِغَيْرِ جنسِه**

وفي الصّورةِ الثَّانية: يصرفُ إلى الأروجِ تحرِّياً للجواز.

وفي الصّورةِ الثالثة أيضاً: يصرفُ إلى الأروجِ.

وفي الصورةِ الرَّابعة: فسدَ البيعُ إلاَّ أن يُبيّنَ أحدَهما؛ لأنّ الجهالةَ مفضيةٌ إلى المنازعة، إلاَّ أن ترفعَ الجهالة. والبسط في «البحر»(١).

[١]قوله: **فعلى الأروج**؛ أي أروج النّقودِ في البلد؛ إذ المتعارفُ بينَ النَّاسِ المعاملةُ بالنَّقدِ الغالب، فالتَّعيينُ بالعرفِ كالتَّعيينِ بالنّصّ كما صرّحوا به.

[٢]قوله: **وفي الطّعام**؛ وهو الحنطةُ ودقيقها، وكذا سائرُ الحبوبِ كالعدسِ والحمصِ وغيرهما، وقال بعض المشايخ: ما يقعُ في العرف على ما يمكنُ أكلُه من غيرِ إدامٍ كاللَّحمِ المطبوخِ والمشويّ ونحوه، قال صدرُ الشّهيد ﷺ: وعليه الفتوى. كذا في «مجمع الأنهر»(٢)، ولعلَّ المصنّفَ ﷺ بهذا الوجه ذكر الحبوب بعد الطعام.

[٣]قوله: **جُزافاً**؛ وهو البيعُ بالحدس والظنّ بلا كيل ووزن، ويجوزُ في جيمه الحركات الثلاث كما في «القاموس»(٣)، وهو معرّب: كزاف، وكزاف: بكسر أول بروزن خلاف بمعنى بهيوده هاشد بمعنى وبحساب ويحديهم آمده أسعت وبضم اول ميز هست. كذا في «البرهان القاطع».

[٤]قوله: **إن بيع**... الخ؛ لقولِهِ ﷺ: «الزَّبيبُ بالزبيب، والفضّةُ بالفضّة، والبُرّ بالبُرّ، والشعيرُ بالشعير، والتمرُ بالتمر، والملحُ بالملح، مثلاً بمثل، سواءً بسواء، يداً

---

(١) «البحر الرائق»(٥: ٢٠٤).

(٢) «مجمع الأنهر»(٢: ٩).

(٣) «القاموس المحيط»(٣: ١٢٧).

وبإناءٍ وحَجَرٍ مُعينٍ لم يُدْرَ قدرُهُ، وفي صاعٍ في بيعِ صُبْرَةٍ كُلُّ صَاعٍ بِكَذَا، وفي كُلِّهَا إِنْ سَمَّى جُمْلَةَ قُفزانِها، وفسد في الكل في

وبإناءٍ[١] وحَجَرٍ مُعينٍ لم يُدْرَ قدرُهُ[٢]، وفي صاعٍ في بيعِ صُبْرَةٍ(١) كُلُّ صَاعٍ بِكَذَا): أَي إذا قال: بِعْتُ هذه الصُّبْرَة كُلُّ صَاعٍ بدرهمٍ صحَّ في صاعٍ واحد[٣]، (وفي كُلِّهَا إِنْ سَمَّى جُمْلَةَ قُفْزانِها): أي إذا قال: بِعْتُ هذه الصُّبْرَة، وهي عشرةُ أَقْفِزَة، كُلُّ قَفِيزٍ بدرهمٍ صحَّ في الكلِّ، (وفسد[٤] في الكلِ في

بيد، فإذا اختلفت هذه الأصنافَ فبيعوا كيف شئتم، إذا كان يداً بيد»(٢) رواه الجماعة إلاَّ البُخاريّ من حديثِ عبادةَ بن الصامت ﷺ، بخلافِ ما إذا بيعَ بجنسِهِ مجازفةً، فإنّه لا يصحّ؛ لاحتمالِ الرّبا إلا إذا كان قليلاً، وهو ما دون نصفِ الصَّاع؛ لعدمِ العيارِ الشّرعيّ، وهو نصفُ صاعٍ كذا صرّحوا به.

[١]قوله: وبإناء... الخ؛ لأنّ هذه الجهالة لا تفضي إلى المنازعة؛ لأنَّ البيعَ يوجبُ التَّسليمَ في الحال، وهلاكُهُ قبل التّسليم نادر.

[٢]قوله: لم يدر قدره؛ إذا لم يحتمل الإناءُ النُّقصان، والحجرُ التفتّت، كأن يكون من خشبٍ أو حديد، فإنّ احتمالَهما لم يجز كما صرّحوا به.

[٣]قوله: صحَّ في صاع واحد؛ عند الإمام ﷺ، وفي الكلِّ عند صاحبيه، وهو قولُ الشَّافعيّ ومالكٍ وأحمد ﷺ؛ لأنّ المبيعَ معلومٌ بالإشارة، فلا يحتاجُ إلى معرفةِ مقداره، وما فيه من الجهالةِ لا يضرّ؛ لأن رفعَه بيدهما، بأن يكيلا الصبرة في المجلس.

ولأبي حنيفةَ ﷺ: إن الثَّمن مجهول؛ لأنَّ جملةَ الأفرادِ غيرُ معلومة، فيكون ما بإزائها من الثَّمنِ مجهولاً، إلاَّ أنَّ الأقلَّ وهو الواحدُ معلوم، فيصحُّ البيعُ ويفسدُ فيما عداه إلاَّ أن ترتفعَ الجهالةُ بتسميةِ جميعِ الأفرادِ أو بالكيلِ في المجلس.

[٤]قوله: فسد... الخ؛ لأنّه ينصرفُ إلى الواحدِ والواحدةِ منها متفاوتة، فلا يصحُّ البيعُ في واحدٍ منها، بخلافِ مسألة الصُّبْرة.

---

(١) صُبرة: أي كوم طعام بلا كيل ولا وزن. ينظر: «فتح باب العناية»(٢: ٣٠٤).

(٢) في «صحيح مسلم»(٣: ١٢١١)، و«سنن الترمذي»(٣: ٥٤١)، و«سنن أبي داود» (٣: ٢٤٨)، و«سنن النَّسائي»(٤: ٢٦)، و«سنن ابن ماجة»(٢: ٢٥٧).

ثَلَّةٍ أو ثَوْبٍ، كُلُّ شَاةٍ أو ذِرَاعٍ بكذا، وكذا كلُّ مَعْدُودٍ متفاوت. فإن باعَ صُبْرَةً على أنّها مائةُ صاعٍ بمئة، وهي أقلُّ أو أكثرُ أخذَ المُشْتَرِي الأقلَّ بحصَّتِهِ، أو فسخَ البيع، وما زادَ للبائع

ثَلَّةٍ[1](1) أو ثَوْبٍ، كُلُّ شَاةٍ أو ذِرَاعٍ بكذا): لأنَّ البيعَ لا يجوزُ إلاَّ في واحدٍ، وذلك الواحدُ مُتَفَاوِت، (وكذا[2] كلُّ مَعْدُودٍ متفاوت.

فإن باعَ صُبْرَةً على أنّها مائةُ صاعٍ بمئة، وهي أقلُّ أو أكثرُ أخذَ المُشْتَرِي الأقلَّ بحصَّتِهِ[3]، أو فسخَ البيع، وما زادَ للبائع): لأنَّه لم يبعْ إلاَّ مائةَ صاعٍ، فالزَّائدُ له[4].

[1]قوله: ثلّة؛ بالفتح رمه بزرك آن كوسفند وبزورآميخته يا خاص ست برمه ميش ثلل كعنب وثلال ككتاب جمع. كذا في «منتهى الآرب»، وفي «القاموس»(2): جماعةُ الغنم، والكثير منها، أو من الضأن خاصّة.

[2]قوله: وكذا؛ أي وكذا فسدَ البيعُ في الكلِّ في بيعِ كلِّ معدودٍ متفاوت؛ لأنه لا يمكن الصَّرفُ إلى الكلّ؛ لجهالةِ المبيع والثّمن، ولا إلى واحد؛ لأنّه متفاوت، فيفضي إلى المنازعة بخلافِ الأولى، وعندهما: يجوزُ في الكلّ.

والخلافُ فيما إذا لم يُبيِّنْ جملةَ الثّمن، ولا جملةَ القطيع، فإنْ بيَّنَ جملةَ الثّمن وبيَّنَ جملةَ القطيع، أو بيَّنَ جملةَ القطيع ولم يُبَيِّنْ جملةَ الثَّمنِ فيجوزُ اتّفاقاً. كذا ذكره البِرْجَنْدِيُّ نقلا عن «المجتبى».

[3]قوله: أخذَ المشتري الأقلّ بحصتّه؛ إن شاء لأنَّ الكيلَ جزء، والكيلُ ينقسمُ على الأجزاء، أو فسخَ إن شاء؛ لأنّ النَّفقة لَمَّا تفرّقَت عليه لم يتمّ رضاه بالموجود، وبه قال مالكٌ والشَّافعيّ وأحمد ﷺ، وفي «فتاوى قاضي خان»(3): إن الخيارَ فيما إذا لم يَقْبِضْ المبيعَ أو قَبَضَ البعضَ دون البعض، أمّا إذا قبض الكلَّ فلا خيارَ له، بل يأخذُ بالحصّة.

[4]قوله: فالزّائد له؛ لأنّه باقٍ على ملكِه؛ لأنّ البيعَ وقعَ على مقدارٍ معيّن، وما وقعَ على مقدارٍ معيّن لا يتناولُ غيره.

---

(1) الثَّلَة: جماعة الغنم، والكثير منها، أو من الضأن خاصة. ينظر: «القاموس»(3: 354).

(2) «القاموس المحيط»(3: 354).

(3) «الفتاوى الخانية»(2: 175).

وإن باعَ المَذْرُوعَ هكذا أَخَذَ الأَقَلَّ بكلِّ الثَّمَنِ أو تَرَك ، والأَكثرُ له بلا خيارٍ للبائع

(وإن باعَ المَذْرُوعَ هكذا أَخَذَ الأَقَلَّ بكلِّ الثَّمَنِ أو تَرَك ، والأَكثرُ له بلا خيارٍ للبائع): لأنَّ[1] الذِّراعَ وصفٌ في الثَّوب، والمرادُ بِالوَصْف: الأمرُ الذي إذا قامَ بالمَحَلِّ يُوجِبُ في ذلك المحلِّ حسناً أو قبحاً، فالكميَّةُ المحضةُ لا تكونُ من الأوصاف، بل هي أصلٌ؛ لأنَّ الكميةَ عبارةٌ عن قلَّة الأجزاءِ أو كثرتِها، والشَّيءُ إنَّما يوجدُ بالأجزاء، والوصفُ ما يَقومُ بالشَّيءِ فلا بُدَّ أن يكونَ مؤخَّراً عن وجودِ ذلك الشَّيء، فالكميَّةُ التي يَختلفُ بها الكيفيَّةُ كالذَّرعِ في الثَّوْبِ أمرٌ يَختلفُ به حسنُ المزيدِ عليه.

[1]قوله: لأنَّ؛ حاصل الاستدلالِ أنَّ الذراعَ وصف، والثَّمنُ لا ينقسمُ على الأوصاف، فكان كلُّ الثَّمنِ مقابلاً لكلِّ المبيع، إلاَّ أنَّه ثبتَ الخيارُ للمشتري؛ لأنَّه فاته وصف مرغوب فيه وقعَ عليه العقد، وما زادَ فللمشتري، ولا خيارَ فيه للبائع؛ لأنَّ الزَّائد هاهنا وصف، فكان هذا بمنزلة ما إذا باعَ بشرطِ أنَّه معيب، فإذا هو سليم، وقد عرفتَ مدارَ الاستدلالِ كونَ الذِّراع وصفاً.

فيرد عليه: إنَّ الذراعَ عبارةٌ عن طولٍ وعرض، فكما أنَّه وصفٌ وعرض، كذلك القلّة والكثرة، فكيفَ جعلَ الذِّراعَ الزَّائدَ وصفاً دون القفيز، ومن أين حكمَ في المسألة الأولى بأنّ الزَّائدَ للبائع، وفي هذه المسألة بأنَّ الأكثرَ للمشتري؟

فأجابَ بعضُهم: بأنّ ما يتعيَّبُ بالتَّبعيضِ والتَّنقيصِ بهما، فالزِّيادةُ والنُّقصانُ فيه وصف، وما لا يتعيّب بهما فالزيادةُ والنُّقصانُ فيه أصل، والثّوبُ يتعيّب بالتَّنقيص، والحنطةُ لا تتعيّبُ به.

وبعضُهم: بأنّ الوصفَ ما لوجوده تأثيرٌ في تقويمِ غيره، ولعدمِهِ تأثير في نقصانِ غيره، والأصلُ ما لا يكون كذلك، فالقدرُ في المكيلات والموزونات أصل، والذَّرع في المذروعاتِ وصف.

وبعضُهم: بأنّ ما لا ينتقصُ الباقي لفواته أصلٌ، كما في الحنطة، وما ينتقصُ الباقي لفواتِهِ وصفٌ كما في الثّوب.

وأجاب الشارح: بأن المرادَ بالوصفِ هاهنا هو الأمرُ الذي إذا قامَ بالمحلِّ يوجبُ في ذلك المحلِّ حسناً أو قبحاً كما في الثّوب، فإنَّ الذَّرعَ مثلاً في الثوبِ يوجبُ حسناً،

فإنَّ الثَّوْبَ إذا كان عشرةَ أذرعٍ يساوي عشرةَ دنانير، وإن كان تسعةَ أذرعٍ لا يساوي تسعةَ دنانير؛ لأنَّها لا تكفي جُبَّةً[1]، والعشرة تكفي، فوجودُ الذِّراعِ الزائدِ على التِّسعةِ يزيدُ حسناً التِّسعةَ فيصيرُ كالأوصافِ الزَّائدة، فلا يقابلُها شيءٌ من الثَّمَن: أي الثَّمَنُ لا يَنْقَسِمُ على الأَجزاءِ كما يَنْقَسِمُ في الحنطة، فإنَّهُ إذا كان عشرة أَقْفِزَةٍ بعشرةِ دراهمٍ، كان قفيزٌ واحدٌ بدرهمٍ، ولا كذلك في الثَّوْب، فإذا باعَ عشرة أذرعٍ بعشرةِ دراهمٍ، فكان الثَّوْبُ تِسْعَةَ أذرعٍ كما في مسألتِنا لا يأخذه بتسعة، بل إن شاءَ أخذَ بعشرةٍ وإنْ شاءَ ترك، وإن كان زائدا كان للمشتري، فإنَّه باع هذا الثَّوبَ فوجدَ المُشْتَرِي فيه أمراً مرغوباً فكان للمشتري، كما إذا اشترى عبداً فوجدَه كاتِباً.

ككفايته لجُبَّة أو قبحاً كعدمِ كفاية لها، فالكميّة لحصّته التي لا توجبُ في المحلّ حسناً أو قبحاً لا تكون من الأوصافِ التي توجبُ في موصوفها حسناً أو قبحاً كالحنطة.

بل هي أصلٌ مقابلٌ للوصف اصطلاحاً؛ لأنَّ الكميّةَ عبارةٌ عن قلَّةِ الأجزاءِ وكثرتها، وهو ظاهر، والشيء إنّما يوجدُ بالأجزاء؛ لأنّه عبارةٌ عن مجموعِ الأجزاء، فالشّيء إنّما يحتاجُ إليها في وجوده، والمحتاجُ إليه مقدَّمٌ ذاتاً على المحتاج.

فالكميّة لها تعلُّقٌ بوجودِ الشيء، والوصفُ ما يقوم بالشيء وما يعرض له، والعروض متفرِّعٌ على الوجود، فلا بدَّ أن يكونَ الوصفُ مؤخَّراً عن وجودِ ذلك الشيء الموصوفِ بخلافِ ما إذا اعتبرت مع الكميّة صفةٌ زائدةٌ توجبُ حسناً أو قبحاً، وهي الكميّة التي يختلفُ بهما الكيفيّة، كالذّراعِ في الثّوب، فهو أمرٌ يختلفُ به حسنُ المزيدِ عليه.

فإنَّ الثّوبَ مثلاً إن كان عشرةَ أذرع ويكفي لجُبَّةٍ تساوي عشرةَ دنانير، أو كانت تسعة أذرع ولا يكفي لجُبَّةٍ لا تساوي تسعةَ دنانير، بل يجبُ أن تكونَ قيمتُهُ أقلّ من الأوّل؛ لعدمِ كفايتِهِ لغرضٍ مطلوب.

فوجودُ الذّرعِ الزّائدِ في الثّوبِ على التّسعةِ يزيدُ في التّسعةِ حسناً، وهو كفايته لجُبَّة فيصيرُ كالأوصافِ الزائدة، فلا يقابلُها شيءٌ من الثّمن، وإلاّ يلزمُ تسوية الأصلِ والتبع

(١) الجُبَّة: ضرب من مُقَطَّعات الثياب تُلْبَس، وجمعها: جُبب وجِباب. ينظر: «اللسان»(١: ٥٣٢).

وإن قال: كلُّ ذراعٍ بدرهمٍ أَخَذَ الأَقَلَّ بحصَّتِهِ أو تَرَكَ، وأَخَذَ الأكثرَ كلُّ ذراعٍ بدرهمٍ أو فَسَخَ

(وإن قال[1]: كلُّ ذراعٍ بدرهم أَخَذَ الأَقَلَّ بحصَّتِهِ أو تَرَكَ، وأَخَذَ الأكثرَ كلُّ ذراعٍ بدرهمٍ أو فَسَخَ): لأنّه أفردَ كلَّ ذراعٍ بدرهمٍ، فلا بُدَّ من رعايةِ هذا المعنى.

بخلافِ الحنطة مثلاً؛ فإنّه إذا كانت عشرةُ أقفزة تساوي عشرة دراهم، وإن كانت تسعةُ أقفزة بيعت بتسعةِ دراهم قطعاً.

فحاصلُ الفرق أنَّ للوصف معنى اصطلاحيّاً يوجدُ في الثوب لا في الحنطة، وتظهرُ ثمرةُ كونِ الذرع وصفاً والقدر أصلاً في مواضعَ:

١. منها: مسألة الكتاب.

٢. ومنها: أنه لا يجوزُ للمشتري التّصرُّف في المكيل والموزونِ قبل الكيلِ أو الوزن إذا اشتراه بشرطِ ذلك، في المذروعِ يجوزُ التصرّف قبل الذرع؛ لأنّ الذرعَ لّما كان وصفاً لم يلزم اختلاطُ المبيعِ بغيره؛ لأنَّ الكلَّ للمشتري، سواءٌ زادَ أو نقص، والكيلُ والوزنُ لّما كان أصلاً لزمَ الاختلاطُ إذا زادَ المبيع؛ لأنّ الزّائد للبائع.

٣. ومنها: إنَّ بيعَ الواحدِ بالاثنينِ لا يجوزُ في المكيلاتِ والموزونات، ويجوزُ في المذروعات؛ لأنَّ الزّيادة لّما كان شيئاً يعتدُّ به فلا يجوزُ البيعُ بدون المساواةِ في الأحوالِ الربويّة بخلافِ المذروع، كذا في «كمال الدراية»(1)، وغيره.

[1] قوله: **وإن قال**: بعتك هذا الثوبَ على أنّه عشرةُ أذرعٍ، كلُّ ذراعٍ بدرهم، فوجدَه المشتري تسعةُ أذرع أو أحدَ عشرَ ذراعاً، فالمشتري بالخيارِ إن شاءَ أخذَ في الصّورةِ الأولى الأقلَّ وهو تسعةُ أذرعٍ مثلاً بحصّته؛ أي بحصَّةِ الأقلِّ من الثمن أو ترك.

وفي الصّورةِ الثّانية إن شاءَ أخذَ كلُّ الأكثرِ حسبَ قولِ البائع: كلُّ ذراعٍ بدرهم، وإن شاءَ فسخ؛ لأنّه أي البائع أفردَ كلَّ ذراعٍ بدرهم، والذّراعُ وإن كان وصفاً إلاّ أنّه يصلحُ أن يكون أصلاً؛ لأنّه ينتفعُ به بانفراده؛ فإذا سُمِّي له ثمنٌ صارَ أصلاً فلا بدَّ من غاية من رعاية هذا المعنى، وإنّما كان للمشتري الخيار بتفرُّق الصّفقةِ عليه بالنّقصان، وزيادةُ المبيع بزيادةِ الثّمن في الزيادة.

---

(1) «كمال الدراية في شرح النقاية»(ق٣٦٧ - ٣٦٨).

وصحَّ بيعُ عشرةِ أسهُمٍ من مئةِ سَهْمٍ، لا بَيْعُ عشرةِ أذرعٍ من مئةِ ذراعٍ من دارٍ

واعلمْ[١] أنَّ المسألَةَ فيما إذا باعَ ثوباً على أنَّهُ عشرةُ أذرعٍ بعشرةِ دراهمٍ، كلُّ ذراعٍ بدرهمٍ، فإذا هو تسعةُ أذرعٍ، أو أحدَ عشرةَ ذراعاً، حتى لو كان تسعةً ونصفاً أو عشرةً ونصفاً فحكمُهُ ليس كذلك على ما سيأتي في هذه الصَّفحة.

(**وصحَّ بيعُ عشرةِ أسهُمٍ من مئةِ سَهْمٍ، لا بَيْعُ عشرةِ أذرعٍ من مئةِ ذراعٍ من دارٍ**): هذا عند أبي حنيفةَ ﷺ، وقالا: صحَّ في الوجهين؛ لأنَّه باعَ عشراً مشاعاً من الدَّار[٢]، وله: أنَّ[٣] في الثَّاني المبيع مَحَلُّ الذِّراعِ، وهو مُعَيَّنٌ مجهولٌ لا مشاعٌ بخلاف السهم.

---

[١] قوله: اعلم؛ لَمّا كان قول المصنّف ﷺ أخذَ الأقلّ وكلّ الأكثر شاملاً للكسر أيضاً مع أنّ له حكمٌ آخر بَيَّنَ الشّارحُ ﷺ بقوله: اعلم أنَّ المرادَ هاهنا ما عدا الكسر.

[٢] قوله: **لأنّه باع عشرةً مشاعاً من الدّار**؛ فإنَّ عشرةَ أذرعٍ من مئة ذراع عشرُ الدّار، فأشبه عشرةَ أسهمٍ من مئة سهمٍ في كونها عشراً، فتخصيصُ الجوازُ بأحدهما تَحَكُّم.

[٣]قوله: **له أنّ**... الخ؛ حاصلُه: أنّ المرادَ بقول البائع: عشرةُ أذرعٍ محلُّ الذّراع لا نفسها؛ لأنَّ الذّراع وإن كان في الحقيقةِ آلةً يذرعُ بها من الخشب وغيره لكن إرادتُها هاهنا متعذِّرةٌ، وهذا هو الظاهر، فلا محالَ يصيرُ مجازاً لِمَا يَحِلُّه والمبيع المذروع.

وهذا من قبيل إطلاق الحال وإرادةِ المحلّ، وهو أيّ محلّ الذِّراع جزءٌ معيَّنٌ إلا أنه مجهولٌ لا يعلمُ أن تلكَ الأذرعَ من الدّار في الجانبِ الشّرقيّ منها أو الغربيّ أو من صدر الدّار أو أسفلها، والبيعُ إذا كان مجهولاً لا يصحّ البيع، كما إذا قال البائع: بعتُ منك أحد هذين العبدين.

فإنّ قلت: التعيينُ ينافي الجهالة؟

قلت: نعم في أمرٍ واحد، وأمّا في الأمرين كما ترى في هذه الصّورة فلا، ولّما ثبتَ أنّه معيّنٌ مجهولٌ فلا يكون مشاعاً؛ لأنّ الشائعَ لا يتصوَّرُ أن يذرعَ لشيوع ملكِهِ في جميعِ أجزاءِ الشّائع، فليس بمحلِّ الذَّرع.

ولا بيعُ عِدْلٍ على أَنَّهُ عشرةُ أثواب، وهو أقلُّ أو أكثر

(ولا بيعُ عِدْلٍ[١] على أَنَّهُ عشرةُ أثواب، وهو أقلُّ أو أكثر): لأَنَّهُ[١] إذا كان أَقَلَّ لا يَدْرِي ثَمَنَ ما ليسَ بموجودٍ، فيكونُ حصَّة الموجودِ مجهولة، وإنْ كان أكثَرَ لا يكونُ المبيعُ معلوماً

وعبارةُ المصنِّفِ ﷺ على وفقِ ما ذكره أبو زيد الشُّروطي[٢] ﷺ في هذه المسألة من أنّ البيعَ فاسدٌ عند أبي حنيفة ﷺ وإن عَلِمَ جملةَ الذُّرعان، وهو جوابُ «الجامع الصّغير»[٣] وهو الصّحيح؛ لبقاءِ الجهالة عَلِمَ جملةَ الذُّرعان أو لم يَعْلَم، فالمشتري يطالبه من مُقَدِّمِ الدّار، والبائعُ يُسَلِّمُ من مؤخِّرِها فيؤدّي إلى النِّزاع.

وذكرَ الخصّاف ﷺ أنّ فسادَ البيع في هذه المسألة عند أبي حنيفة ﷺ؛ لجهالةِ جملة الذُّرعان، أمّا إذا عُرِفَتْ مساحتُها يجوزُ عنده، وجَعَلَ هذة المسألة على قياسِ ما لو باع كلَّ شاةٍ من القطيع بعشرة، إن كان عدد جملةِ الشّاةِ معلوماً يجوزُ عنده، والأوّلُ هو الصّحيح، كذا في «الهداية»[٤]، و«الكفاية»[٥]، وغيرهما.

[١]قوله: لأنه... الخ؛ حاصله: أنّ العِدْلَ إذا كان أقلَّ من عشرةِ أثوابٍ بأن كان تسعةً مثلاً، فيُحَطُّ ثمنَ ثوبٍ واحد، وهو مجهول؛ لأنّه لو لم يسمّ لكلِّ ثوبٍ ثمناً فينقسمُ الثّمنُ على الثياب كلّها باعتبارِ القيمة، والغائبُ لم يُعْلَمْ أنّه كان جيّداً أو وسطاً أو رديّاً فقيمتُهُ مجهولةٌ، وإذا صارت حصَّةُ الغائبِ مجهولةً، فصارَ ثمنُ الباقي أعني التّسعةَ مجهولةً أيضاً، وجهالةُ الثّمنِ تُوجِبُ فسادَ البيع.

وإذا كان أكثر من عشرة أثواب فيُرَدُّ ثوبٌ واحد، والأثواب مختلفةٌ فإنّه يُعْلَمُ أنّ أي ثوبٍ يجبُ ردُّه، فالبائعُ يُطالبُ الجيّد، والمشتري يَرُدُّ الرديء، فصارَ المبيع مجهولاً، جهالةُ المبيع أيضاً توجبُ فسادَ البيع.

---

(١) العِدل بالكسر: المثل. «مختار»(ص٤١٧).

(٢) وهو أحمد بن زيد الشروطي، أبو زيد، من مؤلفاته: «الوثائق»، و«الشروط الكبير»، و«الشروط الصغير». ينظر: «الجواهر المضية»(١: ١٧٠).

(٣) «الجامع الصغير»(ص٣٣٧).

(٤) «الهداية»(٣: ٢٤).

(٥) «الكفاية»(٥: ٤٧٩ - ٤٨٠).

ولو بَيَّنَ لكلٍّ ثَمَناً صَحَّ في الأقلِّ بقدرِه، وخُيِّر، وفسدَ في الأكثر): لأَنَّ المبيعَ مجهول. وفي بيعِ ثوبٍ على أَنَّهُ عشرة أذرعٍ، كلُّ ذراعٍ بدرهمٍ أَخَذَ بعشرةٍ في عشرةٍ ونصفٍ بلا خيار، وبتسعةٍ في تسعةٍ ونصفٍ إن شاء، وقال أبو يوسفَ ﷺ: إن شاءأخذ بأَحَدَ عشَرَ في الأَوَّلِ وبعشرةٍ في الثَّاني، وقال محمَّدٌ ﷺ: إن شاءَ أَخَذَ بعشرةٍ ونصفٍ في الأوَّلِ وبتسعةٍ ونصفٍ في الثَّاني

(ولو بَيَّنَ[١] لكلٍّ ثَمَناً صَحَّ في الأقلِّ بقدرِه، وخُيِّر، وفسدَ في الأكثر): لأَنَّ المبيعَ مجهول[٢](١).

(وفي بيعِ ثوبٍ على أَنَّهُ عشرةُ أذرعٍ، كلُّ ذراعٍ بدرهمٍ أَخَذَ بعشرةٍ في عشرةٍ ونصفٍ بلا خيار، وبتسعةٍ في تسعةٍ ونصفٍ إن شاء، وقال أبو يوسفَ ﷺ: إن شاءأخذ بأَحَدَ عشَرَ في الأَوَّلِ وبعشرةٍ في الثَّاني، وقال محمَّدٌ ﷺ: إن شاءَ[٣] أَخَذَ بعشرةٍ ونصفٍ في الأوَّلِ وبتسعةٍ ونصفٍ في الثَّاني): لأَنَّ[٤] من ضرورةِ مقابلةِ الذِّراعِ بالدَّرهم مقابَلة نصفِهِ بنصفِه

[١]قوله: ولو بيَّنَ؛ لكلِّ ثوبٍ ثمناً؛ بأن قال: بعتُك العِدلَ على أنّه عشرةُ أثوابٍ كلُّ ثوبٍ بدرهم، صحَّ في الأقلّ بقدرِهِ إذا كان تسعةً مثلاً؛ لأنَّ حصةَ المعدومِ معلومةٌ، وهو درهمٌ لكلِّ ثوبٍ فتكونُ حصَّةُ الباقي معلومةٌ أيضاً.

أو خُيِّر: أي إن شاءَ أخذَ كلَّ ثوبٍ بما فيه، وإن شاء ترك؛ لأنه ربَّما يكون الباقي رديئاً والغائبُ جيِّداً، والمشتري إنّما يرغبُ في الرديء بمكان الجيّد، فيتضرَّرُ بتفرُّق الصفقة قبل التّمام فيَتَخيَّر.

[٢]قوله: لأنَّ المبيعَ مجهول؛ لأنّ العقدَ يتناولُ العشرة، فعلى المشتري ردّ الثَّوبِ الزائد، وهو مجهول؛ لاحتمالِ كونه جيّداً أو رديئاً، فيصيرُ المبيعُ أيضاً مجهولاً.

[٣]قوله: إن شاء، وإنّما يُخَيَّرُ؛ لأنّ في الوجهِ الأوّل ازدادَ عليه الثَّمن بزيادةِ نصفِ ذراع، وفي الثاني انتقص الثّوب عمّا شرط فيتخيّرُ كي لا يتضرَّر.

[٤]قوله: لأن...الخ؛ حاصلُهُ: أنَّ البائعَ لَمَّا قابلَ الذّراع بالدَّراهم، فلا محالةَ له أن يكون نصفُ الذِّراعِ مقابلاً بنصفِ الدّراهم، فيجري على النصف حكمُ المقابَلة،

(١) أي فيما إذا كان أحد عشر مثلاً؛ لأنّ العقدَ يتناولُ العشرة، فعلى المشتري ردّ الثَّوبِ الزائد، وهو مجهول؛ لاحتمالِ كونِهِ جيّداً أو رديئاً، فيصيرُ المبيعُ أيضاً مجهولاً. ينظر: «مجمع الأنهر» (٢: ١٣).

....

ولأبي يوسفَ[١] ﷺ أنَّهُ لَمَّا أَفْرَدَ كلَّ ذراعٍ ببدلٍ أُنْزِلَ كلّ ذراعٍ منْزلةَ ثوبٍ وقد انتقص، ولأبي حنيفة ﷺ[٢] أَنَّ الذِّراعَ وصف، وإنَّما أَخَذَ حُكْمَ المقدارِ بالشَّرط، وهو مُقَيَّدٌ بالذِّرَاع، ففي الأقلِّ عاد الحُكْمُ إلى الأصل.

وهو أنّه إذا وجدَ المشتري عشرةَ أذرعٍ ونصف يجبُ عليه أداءُ عشرةِ دراهمَ ونصف، وكذلك في صورةِ النقصان، فيجبُ عليه تسعةُ دراهمٍ ونصف.

[١]قوله: **ولأبي يوسف** ﷺ... الخ؛ حاصلُهُ: أنّه لّما قال البائع: كلُّ ذراعٍ بدرهم نَزلَ كلّ ذراعٍ مَنزلة ثوب، والثّوبُ إذا بيعَ بأنّه خمسةُ أذرعٍ مثلاً، ووجده المشتري أربعة، لا يسقطُ شيءٌ من الثّمن؛ لأنّه قد سبق مدلّلاً أنَّ الذرعَ وصف، وتغيُّرُ الأوصافِ لا يوجبُ سقوطَ شيءٍ من الثمن، ولكن يُثْبِتُ له الخيار، فكذا هنا لا يسقطُ شيءٌ من الثّمن، وكان للمشتري الخيار.

[٢]قوله: **ولأبي حنيفة** ﷺ ... الخ؛ حاصلُهُ: أنّه ثبتَ فيما سبقَ أنَّ الذرعَ في الأصلِ وصف، والوصفُ لا يقابله شيءٌ من الثّمن، وإنّما أخذَ الوصفُ حكمَ المقدارِ بالشَّرط، وهو قولُ البائع: كلُّ ذراعٍ بدرهم، والشرطُ مقيَّد بالذِّراعِ لا غيره، وظاهرٌ أنَّ الكسرَ ليس بذراع، فلمّا فات الشّرط عادَ الحكمُ إلى الأصل، وهو الوصف، فصارت زيادةُ الكسرِ كزيادةِ الجودةِ مثلاً.

وإنّما كان الخيار للمشتري في صورةِ النقصانِ لفواتِ الوصفِ المرغوبِ فيه، وقيل: في الكِرْباس الذي لا يتفاوتُ جوانبُه لا يطيبُ للمشتري ما زادَ على المشروط؛ لأنّه بمَنْزلةِ الموزون حيث لا يضرُّه الفصل، وعلى هذا قالوا: يجوزُ بيعُ ذراعٍ منه، كذا في «الهداية»[١].

---

(١) «الهداية»(٣: ٢٤).

وصحَّ بيعُ البُرِّ في سُنْبُلِهِ والباقلاء والأرزِ والسِّمْسِمِ في قشرِها

(وصحَّ[1] بيعُ البُرِّ في سُنْبُلِهِ والباقلاء والأرزِ والسِّمْسِمِ في قشرِها): أي بيعُ البُرِّ في سُنْبُلِهِ يجوزُ عندنا، وعن الشَّافِعِيِّ قولان[2](١)

وفي «البحر الرائق» نقلاً عن «الذخيرة»: «قولُ أبي حنيفةَ ﷺ أصحّ، ومن المشايخ مَن اختارَ قول محمّد ﷺ وهو أعدل الأقوال»(٢). انتهى(٣).

[1]قوله: وصحّ...الخ؛ لأنّه مالٌ منتفع به، فيجوزُ بيعُه في قشرِه، ولا يجوزُ بيعُه بمثله من سنبل الحنطة؛ لاحتمال الربا كما في «الفتح»(٤).

وفي «الكفاية» نقلاً عن «شرح الطحاوي»: «إنّ الأصل أنّه إذا باع شيئاً وهو في غلافه قبل الإزالة فإنّه لا يجوز إلاَّ الحنطة في سنبلِها، وسائرُ الحبوب في سنابلها، والذهب في ترابه، والفضّة في ترابها، بخلاف جنسه من الثمن». انتهى(٥).

[2]قوله: قولان؛ في قوله الجديد: لا يصحّ(٦)؛ لأنّ المعقودَ عليه مستورٌ غائبٌ عن البصر، ولا يُعْلَمُ وجوده، فلا يجوزُ بيعُه.

ولنا: إنّه حَبٌّ منتفعٌ به، فيجوزُ بيعُه في سنبلِه كالشعير، فإنّه يجوزُ بيعُه في سنبلِهِ بالإجماع، وما رواه مسلم، وأحمد، وغيرهما أنّه ﷺ «نهى عن بيع النخل حتى تزهو، وعن بيع السنبل حتى يبيض، ويأمنَ العاهة»(٧)، المرادُ به السلم، يعني لا يجوزُ الإسلامُ فيه حتى يوجدَ بين النّاس.

---

(١) وأصحهما لا يجوز كما قال الشيرازي في «التنبيه»(ص٩٦)، وينظر: «الأم»(٣: ٦٨)، و«أسنى المطالب»(٢: ١٠٦)، وغيره.

(٢) قال الحصكفي في «الدر المختار»(٤: ٣٣): «صحح القهستاني وغيره قول الإمام، وعليه المتون، فعليه الفتوى». وأقرّه ابن عابدين في «رد المحتار»(٤: ٣٣).

(٣) «البحر الرائق»(٥: ٣١٦).

(٤) «فتح القدير»(٥: ٤٩٤).

(٥) من «الكفاية»(٥: ٤٩٤).

(٦) وأصحهما لا يجوز كما قال الشيرازي في «التنبيه»(ص٩٦)، وينظر: «الأم»(٣: ٦٨)، و«أسنى المطالب» (٢: ١٠٦)، وغيره.

(٧) في «صحيح مسلم»(٣: ١١٩٠)، و«مسند أحمد»(٣: ١١٥)، وغيرهما.

والجَوْزُ واللَّوْزُ والفِسْتُقِ في قشرها الأَوَّل، وبيعُ ثمرةٍ لم يبدُ صلاحُها أو قد بَدَا

وبيعُ الباقلاء الأخضرِ لا يجوزُ عنده[١] (١)، (**والجَوْزُ واللَّوْزُ والفِسْتُقِ في قشرِها الأَوَّلِ**): إنَّمَا قال في قِشْرَها الأَوْلِ؛ لأَنَّ فيه خِلافَ الشَّافِعِيِّ (٢)، أمّا في قشرِهَا الثَّانِي فيجوزُ اتفاقاً.

(**وبيعُ**[٢] **ثمرةٍ لم يبدُ صلاحُها أو قد بَدَا**

ألا ترى إلى ما رواه مسلمٌ، والبُخاريّ بإسناده عن النبي ﷺ: «إذا منعَ الله الثمرَ فيمَ تستحلُّ مالَ أخيك» (٣)، فيكون حجّة لنا في اشتراطِ وجودِ المسلَّم فيه من حين العقد إلى حين المحلّ، ولو أجري على إطلاقه كان حجّةً لنا أيضاً في هذا الموضع؛ لأنّه يقتضي جوازَ بيعِهِ بعدما ابيضّ مطلقاً من غير قيد بالفرك، ولو كان كما قاله لقال حتى يفرك. كذا ذكره العَيْنِيّ (٤).

[١]قوله: **لا يجوز عنده**؛ ونقلَ صاحبُ «ذخيرة العقبي» عن «الدراية»: «له في بيعِ الباقلاءِ الأخضرِ وجهان، والمنصوصُ أنّه لا يجوز، وهو ظاهر مذهبه، وقال كثيرٌ من أصحابه: يجوز، وهو قولنا، وقول مالكٍ وأحمد ﷺ، والمختارُ عند الشافعيّ ﷺ جوازُ بيعِ الباقلاء الأخضرِ واللّوز الرطب». انتهى (٥).

[٢]قوله: **وبيع... الخ**؛ أي وصحَّ بيعُ ثمرةٍ ظاهرة؛ لأنّ بيعَها قبل الظهور لا يصحّ باتّفاق. كذا في «المنح» (٦)، فالتنوينُ في قوله: ثمرة؛ ينبغي أن يكونَ للعهد، وهذا البيعُ مطلقاً صحَّ بدا صلاحُها أو لم يبدُ؛ لأنّه مالٌ معلومٌ متقوّم في الحال أو في المال، وقيل: لا يجوز قبل بدو صلاحِها، والأوّل أصحّ.

---

(١) ينظر: «الغرر البهية»(٣: ٣٧)، و«أسنى المطالب»(٢: ١٠٦)، و«تحفة المحتاج» (٤: ٤٦٦)، وغيرها.

(٢) ينظر: «المحلي»(٢: ٢٩١)، و«تحفة المنهاج»(٢: ٤٩٩)، و«نهاية المحتاج»(٤: ١٥٠)، وغيرها.

(٣) في «صحيح مسلم»(٣: ١١٩٠)، و«صحيح البخاري»(٢: ٧٦٨)، وغيرهما.

(٤) في «البناية»(٦: ٢٥١ – ٢٥٣).

(٥) من «ذخيرة العقبى»(ص٣٥٣).

(٦) «منح الغفار»(ق٢: ٨/أ).

ويجبُ قطعُها، وشرطُ تركها على الشَّجَرِ يفسد البيع

ويجبُ قطعُها[1]، وشرطُ تركها على الشَّجَرِ يفسد البيع[2]

وقال في «الفتح»: «لا خلافَ في عدمِ جوازِ بيعِ الثِّمارِ قبل أن تظهر، ولا في عدمِ جوازِهِ بعد الظّهورِ قبل بدو الصَّلاحِ بشرطِ التّرك، ولا في جوازِهِ قبل بدوّ الصّلاحِ بشرطِ القطع فيما ينتفعُ به، ولا في الجوازِ بعد بدوّ الصلاح.

لكنّ بدوّ الصّلاح عندنا أن تؤمنَ العاهةُ والفساد، وعند الشافعيّ ﷺ هو ظهورُ النّضجِ وبدوّ الحلاوة، والخلافُ إنّما هو في بيعها قبل بدوّ الصّلاح على الخلافِ في معناه لا بشرطِ القطع، فعند الشافعيّ ومالك وأحمد ﷺ لا يجوز.

وعندنا إن كان بحالٍ لا ينتفعُ به في الأكلِ ولا في علفِ الدوابّ فيه خلافٌ بين المشايخ، قيل: لا يجوز، ونسبه قاضي خان ﷺ لعامّة مشايخنا، والصّحيحُ أنّه يجوز؛ لأنّه مالٌ منتفعٌ به في ثاني الحال، وإن لم يكن منتفعاً به في الحال.

والحيلةُ في جوازِهِ باتّفاقِ المشايخِ أن يبيعَ الكُمَّثْرَى أوّلَ ما تخرجُ مع أوراقِ الشَّجر، فيجوزُ فيها تبعاً للأوراق، كأنّه ورقٌ كلُّه، وإن كان بحيثُ ينتفعُ به ولو علفاً للدوابّ، فالبيعُ جائزٌ باتّفاقِ أهلِ المذهبِ بشرطِ القطع مطلقاً». انتهى[1].

ولو بزرَ بعضُها دونَ بعضٍ لا يصحُّ في ظاهرِ المذهب، وصحَّحه السَّرَخسيّ، وأفتى الحَلْوَانِيُّ بالجوازِ لو الخارجُ أكثر، كذا في «الدر المختار»[2] نقلاً عن الزَّيْلَعِيّ[3].

[1]قوله: ويجبُ قطعها؛ في الحال؛ ليتفرّغَ ملكُ البائعِ عن ملكه، وهذا إذا اشتراهُ مطلقاً أو بشرطِ القطع.

[2]قوله: يفسدُ البيع؛ لأنّه شرطٌ لا يقتضيه الأخذ، وهو شغل ملك الغير، أو لأنّه صفقة في صفقة؛ لأنّه إجارةٌ في بيعٍ إن كان للمنفعةِ من الثّمن، أو إعارةٌ في بيعٍ إن لم يكن لها حصّة منه.

قيل في الوجه الثاني: إنّ كلاً من الإجارةِ والإعارة غيرُ صحيح، فكيف يصحّ أن

---

(١) من «فتح القدير»(٥: ٤٨٨ - ٤٨٩).

(٢) «الدر المختار»(٤: ٣٩٨).

(٣) في «التبيين»(٤: ١٢).

كاستثناءِ قدرٍ معلومٍ منها

كاستثناءِ قدرٍ معلومٍ[١] منها

يقال: صفقة في صفقة.

وأجيبَ بأنّه صفقةٌ فاسدةٌ في صفقةٍ صحيحة، ففسدتا جميعاً، وفيه: إنّ الصغرى ممنوعة لِمَا صرَّحوا من أنّ إجارةَ النَّخيلِ باطلة، والباطلُ معدوم، ولا يصلحُ متضمّناً، فَتَدَبَّر.

وحكمُ فسادِ البيعِ مطلقاً عند الشيخين ﷺ سواءٌ تناهى عظمها أو لا؛ لأنّ ما زادَ وحدثَ من التَّركِ في ملكِ البائعِ مضمونُ عند البيع، وهو مجهول، وقال محمد ﷺ: لا يفسدُ في المتناهية مستحسناً؛ لأنّه شرطٌ متعارف، وهو قولُ الأئمّة الثلاثة.

وفي «البحر»[١] نقلاً عن «الأسرار»: الفتوى على قول محمّد ﷺ، وبه أخذ الطَّحاويُّ ﷺ، وفي «المنتقى»: ضمَّ إليه أبو يوسف ﷺ، وفي «التحفة»[٢]: والصحيحُ قولهما؛ لأنّ التعامل لم يكن بشرطِ التّرك، وإنّما كان بالإذنِ بالتَّركُ من غير شرط. كذا في «مجمع الأنهر»[٣].

[١]قوله: **قدر معلوم**؛ قال صاحب «الكنز»[٤]، و«التنوير»[٥]، و«القُدُوريّ»[٦]: أرطالاً معلومة، وذكر بعضُ شرّاح «الهداية»[٧]: إنّ المستثنى لو كان رطلاً واحداً يجوز؛ لأنّه استثنى القليلَ من الكثيرِ بخلافِ الأرطالِ بجوازِ أن لا يكون إلاَّ ذلكَ القدر، فيكون استثناءُ الكلِّ من الكلّ.

وقال في «المنح»: «وقيّد بالأرطال؛ لأنّه لو استثنى رطلاً واحداً جازَ اتّفاقاً». انتهى[٨]. ولعلمي أنّ دليلَ عدم الجوازِ إن جزى فجزى على القليل والكثير، فلعل

---

(١) «البحر الرائق»(٥: ٣٢٧).

(٢) «تحفة الفقهاء»(٢: ٥٦).

(٣) «مجمع الأنهر»(٢: ١٨).

(٤) «كنز الدقائق»(ص٩٧).

(٥) «تنوير الأبصار»(ص١٢٦).

(٦) «مختصر القدوري»(ص٣٤).

(٧) «العناية»، و«فتح القدير» على «الهداية»(٥: ٤٩٢).

(٨) «منح الغفار»(ق٢: ٨/أ).

وأُجرةُ الكيلِ والوزنِ والذَّرعِ والعددِ على البائع، وأجرةُ وزنِ الثَّمَنِ ونقدُهُ على المشتري.

أي باعَ الثَّمرَ على النَّخْلِ واستثنى قدراً معلوماً لا يجوزُ البيعُ[١]؛ لأنَّهُ ربما لا يبقى شيءٌ بعد المستثنى.

(وأُجرةُ الكيلِ[٢](١) والوزنِ والذَّرعِ والعددِ على البائع، وأجرةُ وزنِ الثَّمَنِ ونقدُهُ[٣] على المشتري[٤].

المصنّف ﷺ عن هذا لم يذكر هذا القيد.

[١]قوله: لا يجوزُ البيع؛ قال في «الهداية»: «قالوا: هذا روايةُ الحسن ﷺ، وهو قول الطحاوي ﷺ، وأمّا على ظاهر الرِّوايةِ ينبغي أن يجوز؛ لأنّ الأصلّ إنّما يجوزُ إيرادِ العقدِ عليه بانفراده، ويجوزُ استثناؤه من العقد، وبيع قفيز من صبرةٍ جائز، فكذا استثناؤه، وبخلاف استثنائه الحمل وأطرافَ الحيوان؛ لأنّه لا يجوزُ بيعه، فكذا استثناؤه». انتهى(٢).

وفي «الكَنْز»(٣)، و«التنوير»(٤)، و«الملتقى»(٥): اختاروا ظاهر الرواية.

[٢]قوله: وأجرة الكيل؛ في مثل البُرِّ للكيّال، وأُجرةُ الوزنِ في مثل الزيت للوزّان، وأُجرةُ العدّ في مثلِ الغنم للعدّاد، وأُجرةُ الذَّرعِ في مثلِ الأرضِ للذرَّاع على البائعِ فيما بيع بشرطِ الكيلِ والوزنِ والعدّ والذرع؛ لأنّ التَّسليمَ واجبٌ على البائع، وهو لا يحصلُ إلاّ بالكيل ومثله، وما لا يتمّ الواجبُ إلاَّ به فهو واجب.

[٣]قوله: ونقده؛ أي نقدَ الثمن، والنقد: بالفتح آماده كرون ودادن وهره كرون درهم ودينار. كذا في «المنتخب»، والثالثُ هو المراد، ويقال: نقدتُ الدراهم وانتقدتُها: أي أخرجت منها الزّيف. كذا في «الصراح» فمعناه باللغة الهنديّة: يركهنا.

[٤]قوله: على المشتري؛ لأنّ الوزن من تمامِ التسليم، فيجبُ عليه، وكذا يجبُ

---

(١) فيما بيع مكايلة وكذا أجرة وزن المبيع وذرعه وعدّه على البائع؛ لأن هذه الأشياء من تمام التسليم، وهو على البائع، فكذا تمامه. ينظر: «رمز الحقائق»(٢: ٨).

(٢) من «الهداية»(٣: ٢٦).

(٣) «كنز الدقائق»(ص٩٧).

(٤) «تنوير الأبصار»(ص١٢٦).

(٥) «ملتقى الأبحر»(ص١٠٩).

وفي بيعِ سلعةٍ بثمنٍ سَلَّم هو أوَّلاً، وفي غيرِهِ سلَماً معاً

وفي بيعِ سلعةٍ بثمنٍ سَلَّم[1] هو أوَّلاً، وفي غيرِهِ سلَماً معاً): أي في بيعِ السِّلعةِ بالثَّمَنِ: أي بالدَّراهمِ والدَّنانيرِ سلَّمَ الثَّمَنَ أوَّلاً[2]؛ لأنَّ السِّلْعَةَ تتعيَّنُ بالبيع،

عليه تسليمُ الجيد، فيكون أُجرةُ مَن يميّزُ ذلك عليه، وهذه رواية ابن سماعة ﷺ عن محمّد ﷺ، وفي رواية ابن رستم ﷺ عنه أُجرةِ نقدِ الثَّمنِ على البائع؛ لأنّ النقدَ يكون بعد التسليم والوزن.

وعن محمّد ﷺ: إنَّ أجرةَ النقدِ على ربِّ الدينِ بعد القبض، وقبله على المديون، وفي «الفتاوى الصغرى»: اختلفَ المشايخُ في أُجرةِ النَّقد، قال بعضُهم: على البائع، وقال بعضُهم: على المشتري، ثم قال: وبه أفتى واختارَه في «الواقعات»، كذا ذكره العلاّمة العَيْنِيّ في «شرح الكَنْز»(١).

[١]قوله: سلَّمَ؛ في «الدر المختار»: «التسليم يكون بالتخلية على وجهٍ يتمكَّنُ من القبضِ بلا مانعٍ ولا حائل، وشرطَ في الأجناسِ شرطاً ثالثاً وهو أن يقول: خلَّيت بينَك وبين المبيع، فلو لم يقله أو كان بعيداً لم يصرْ قابضاً، والناس عنه غافلون، فإنّهم يشترون قرية ويقرّون بالتسليم والقبض، وهو لا يصحّ به القبض على الصّحيح، وكذا الهبة». انتهى(٢).

[٢]قوله: سلَّمَ الثمنَ أوَّلاً؛ أي قبل المبيع، يعني إذا وقعَ المنازعةُ بينهما في تسليمِ المبيع والثَّمنِ قيل للمشتري: ادفعْ الثَّمنَ أوّلاً؛ لأنَّ حقَّ المشتري تعيَّن في المبيع، فيقدَّمُ دفعَ الثَّمنِ ليتعيَّن في البائعِ في القبضِ لِمَا أنّه يتعيَّن بالتعيين تحقيقاً للمساواةِ في تعيين حقِّ كلِّ واحدٍ منهما، خلافاً للشَّافعيِّ ﷺ في قول، هذا إذا كان المبيعُ حاضراً.

وإن غائباً فلا يُسَلِّمُ حتى يُحْضِرَ البائعُ المبيعَ على مثال الراهن مع المرتهن. كذا في «مجمع الأنهر»(٣). وفي «الفتاوى البَزّازيّة»: «باع بشرطِ أن يدفعَ المبيع قبل نقد الثَّمن فسدَ البيع؛ لأنّه لا يقتضيه العقد، وقال محمّد ﷺ: لا يصحُّ لجهالةِ الأجل، حتى لو سمَّى الوقتَ الذي يُسَلِّمُ فيه المبيع جاز». انتهى(٤).

---

(١) «رمز الحقائق شرح كنز الدقائق»(٢: ٨).

(٢) «الدر المختار»(٤: ٤٣).

(٣) «مجمع الأنهر»(٢: ٢١).

(٤) من «الفتاوى البزازية»(٢: ٤٣١ - ٤٣٢).

....

والدَّراهمِ والدَّنانيرِ لا تتعَيَّنُ إلاَّ بالتَّسليمِ فلا بُدَّ من تَعَيُّنِه(١)؛ لئلا يلزمَ الربا[١].
أو في غيرِه: أي في بيعِ السِّلعةِ بالسِّلعةِ[٢]، وهو بيعُ المُقايَضة، وفي بيعِ الثَّمَنِ بِالثَّمَنِ: أي الصَّرْفُ سُلْمَا معاً لتساويهما في التَّعَيُّنِ وعدمِه.

[١]قوله: لئلا يلزم الربا؛ أي ألا يلزمَ فضلُ أحدِ البدلين؛ لأنَّ الدَّين أنقصَ من العين.

[٢]قوله: بيعُ السِّلعة بالسلعة؛ اعلم أنَّ البيعَ باعتبارِ تعلُّقِهِ بالمبيعِ أربعةُ أنواع؛ لأنّه إمّا أن يقعَ على عينٍ بعين، أو ثمنٍ بثمن، أو ثمنٍ بعين، أو عينٍ بثمن:

فالأوّل: مقايضة.

والثّاني: صرف.

والثالث: سَلَم.

والرَّابع: ليس له اسمٌ خاصٌ، فهو بيعٌ مطلقٌ مشهور.

وباعتبارِ تعلُّقه بالثّمن وبمقدارِه على أربعةِ أنواعٍ أيضاً؛ لأنَّ الثَّمنَ الأوّل إمّا أن يعتبرَ أوّلاً، وعلى الأوّل فمع زيادةٍ أو بدونها، أو مع نقص:

فالأوّل: مرابحة.

والثاني: تولية.

والثالث: وضيعة.

والرابع: مساومة.

---

(١) يعني إذا وقعَ المنازعةُ بينهما في تسليمِ المبيعِ والثَّمنِ قيل للمشتري: ادفعْ الثَّمنَ أوّلاً؛ لأنَّ حقَّ المشتري تعيَّن في المبيع، فيقدَّمُ دفع الثَّمنِ ليتعيَّن في البائعِ في القبضِ لِمَا أنّه يتعيَّن بالتعيين تحقيقاً للمساواةِ في تعيين حقِّ كلٍّ واحدٍ منهما. ينظر: «مجمع الأنهر»(٢: ٢١).

باب الخيار
[فصل في خيار الشرط]

صحَّ

باب الخيار[1]
[فصل في خيار الشرط]

(صحّ[2]

[1]قوله: باب الخيار؛ اعلم أنَّ البيعَ قد يكون لازماً، وهو ما لا يكونُ فيه خيارٌ بعد وجودِ شرائطه، وقد يكون غيرَ لازم، وهو ما فيه الخيار، ولَمَّا كان الأوّل أقوى في كونِهِ بيعاً فقدّمه المصنّف ﷺ وأورد للثّاني هذا الباب.

والخيارُ أنواعه وإن بلغت إلى سبعة عشر كما فصّلها صاحبُ «الأشباه»(1)، لكن الثّلاثة منها، وهي: خيارُ الشّرط والرؤية والعيب؛ لكثرةِ أحكامها، وضخامةِ مسائلها توردُ بالاستقلال.

فقدَّم المصنِّف ﷺ ذكرَ خيارِ الشّرط؛ لأنّه يمنع ابتداءَ الحكم، ثمَّ خيارُ الرؤية؛ لأنه يمنعُ تمامَ الحكم، ثمّ خيارُ العيب؛ لأنّه يمنعُ لزومَ الحكم، والخيارُ بمعنى الاختيار، قال في «المصباح المنير»: «الخيارُ: هو الاختيار، ومنه يقال له: خيارُ الرؤية». انتهى(2).
وفي «منتهى الأرب»: يقال: أنت بالخيار؛ يعني اختيار، كن جيزي راكه خوا هي انتهى.

[2]قوله: صحّ؛ اعلم أنَّ الخيارَ ثابتٌ بالنصّ على خلافِ القياس؛ لأنّه ﷺ «نهى عن بيع وشرط»(3)، إلاَّ أنَّ النصَّ وردَ به، وهو ما أخرجَه الحاكمُ في «المستدرك»: عن ابنِ عمرَ ﷺ قال: «حبان بن منقذ ﷺ، وهو مِمَّن شهدَ أحداً، وكان رجلاً ضعيفاً قد سفعَ في رأسه مأمومة - أي ضربَ في رأسه شجّة بلغت أمّ دماغه -، فجعل له رسولُ الله ﷺ الخيار فيما اشتراهُ ثلاثةَ أيّام، وكان قد ثَقُلَ لسانه، فقال له رسول الله ﷺ: بع،

---

(1) «الأشباه والنظائر»(ص٤٠٢).

(2) من «المصباح المنير»(ص١٨٥).

(3) في «مسند أبي حنيفة»(ص١٦٠)، و«المعجم الأوسط»(٤: ٣٣٥)، وغيره.

خِيارُ الشَّرْطِ لكلٍّ مِن العاقدين، ولهما ثلاثةُ أيّامٍ أو أقلَّ لا أكثرَ

خِيارُ الشَّرْطِ[١] لكلٍّ مِن العاقدين[٢]، ولهما[٣] ثلاثةُ أيّامٍ[٤] أو أقلَّ لا أكثرَ

وقل: لا خلابه - أي لا خداع - وكان يشتري الشيء ويجيء به إلى أهله فيقولون: هذا غال، فيقول رسولُ الله ﷺ: خيَّرني في بيع»[١]. كذا ذكره العلاّمة الطحطاوي[٢] ﷺ عن العلاّمة نوح[٣] ﷺ.

[١]قوله: **خيار الشرط**؛ أي الاختيارُ للفسخ أو الإجازة بسببِ شرطه، ولو بعدَ البيع، فالإضافةُ من قبيل إضافةِ الحكمِ إلى سببه، وهذه الإضافة شائعةٌ بين الفصحاء فلا يَرِدُ أنّ المناسبَ شرط الخيار.

[٢]قوله: **لكلٍّ من العاقدين**، وقال سفيانُ الثَّوريّ ﷺ وابنُ شبرمة ﷺ: يجوزُ للمشتري لا للبائع؛ لأنّه ثبتَ على خلافِ القياس، فيقتصرُ على موردِ النصّ، وهو المشتري بما أخرجه الحاكمُ[٤] من حديثٍ مذكورٍ سابقاً.

ولنا: إنّ خيارَ الشرط إنّما جاز؛ لحاجةِ الناسِ إليه؛ لدفعِ الغبنِ بالتروّي، وذلك يستوي فيه البائعُ والمشتري، على أنّ لفظَ ابنِ ماجه: «إذا بايعت»[٥]، وهو يشملُ البيع والشراء.

[٣]قوله: **ولهما**؛ معطوفٌ على قوله: «لكلّ»: أي صحَّ لكلٍّ منهما منفرد، أو لهما معاً، أو كلام مبتدأ؛ لبيان مدَّة الخيار، والأوّلُ أولى.

[٤]قوله: **ثلاثة أيّام**؛ منصوبٌ على الظرفيّة: أي الخيارُ في ثلاثةِ أيام أو مرفوع على الخبريّة، فكان المبتدأ قوله: «الخيار»؛ أي مدة الخيار ثلاثة أيام، والأول أولى.

---

(١) في «المستدرك»(٢: ٢٦)، وأصل الحديث في «صحيح البخاري»(٢: ٧٤٥)، و«صحيح مسلم»(٣: ١١٦٥).

(٢) في «حاشيته على الدر المختار»(٣: ٢٨).

(٣) وهو نوح بن مصطفى الرومي الحَنَفِي، من كبار فقهاء عصره، ومفتي قُوْنِيَة، وله مؤلفات كثيرة، ومجاميع متعددة ومتنوعة لرسائله التي بلغت نحو مئة رسالة، وله حاشية على كتاب «الدرر والغرر»، وسكن القاهرة، وفيها توفي سنة (١٠٧٠هـ). ينظر: «تحفة الطلبة»(ص٥٢).

(٤) في «المستدرك»(٢: ٢٦).

(٥) في «سنن ابن ماجة»(٢: ٧٨٨).

إلاَّ أنَّه يجوزُ إن أجاز في الثَّلاث

إلاَّ أنَّه[١] يجوزُ إن أجاز في الثَّلاث): أي إذا بيع وشُرِطَ الخِيارُ أكثرَ من ثلاثةِ أيّامٍ لا يجوزُ البيعُ خلافاً لهما[٢]

[١]قوله: **إلاَّ أنَّه**... الخ؛ استثناءٌ من قوله: «لا أكثر»؛ أي إن ذكرَ الأكثرُ من ثلاثةَ أيّام وأجازَ مَن له الخيار في الثلاثِ جاز.

[٢]قوله: **خلافاً لهما**؛ فإنّهما قالا: يجوزُ إذا سمّى مدّة معلومةً شهراً كان أو سنةً أو أكثرَ منها نقلاً وعقلاً:

أمّا النّقلُ: فحدث ابنُ عمر ﷺ أنّه أجازَ الخيار إلى شهرين.

وأمّا العقلُ: فالخيارُ إنّما شرعَ للحاجةِ إلى التّروّي والتفكير؛ ليندفعَ الغبن، وقد تمسّ الحاجةُ إلى الأكثرِ فصارَ كالتأجيل.

والجوابُ عن النقلِ: أنَّ حديث ابن حبّان مشهور، فلا يعارضُهُ حكايةُ حالِ ابن عمر ﷺ، على أنّ في الحديثِ المذكورِ أنّ ابنَ عمر ﷺ أجازَ الخيار، وليس فيه خيارُ الشَّرط، فيمكنُ أن يرادَ به خيارُ الرؤية أو العيب.

والجوابُ عن العقل: أنّ كثيرَ المدَّةِ ليس كقليلها، فإنّ في الكثيرِ معنى الغرور زائد، والقياسُ على التأجيلِ في الثمن غيرُ صحيح؛ لأنَّ الأجلَ يشترطُ للقدرةِ على الأداء، وهي إنّما تكون بالكسب، وهو لا يحصلُ في كلِّ مدّة، فقد يُحتاجُ إلى مدّةٍ طويلة.

وقال مالك ﷺ: مدّة الخيار ما يمكن اختيار المبيع في مثله، فإن كان المبيعُ ممَّا لا يبقى أكثرَ من يومٍ كالفاكهة لم يجز أن يشترطَ في أكثر من يوم، وإن كان فيه صنعة لا يمكنُ الوقوفُ عليها في ثلاثةِ أيَّامٍ يجوز أن يشترطَ فيه أكثرَ من ثلاثة أيّام؛ لأنّه شرعَ للحاجةِ إلى التَّروي، وهي تندفعُ بذلك. ذكره في «كمال الدِّراية»[١].

ولأبي حنيفة ﷺ: لأنَّ مقتضى العقد، وهو اللّزومُ وخيارُ الشرطِ يُخالفه، لكن جَوَّزناه بالنصِّ فيقتصرُ على ما هو المذكور فيه، وهو ثلاثة أيّام.

---

(١) «كمال الدراية»(ق٣٧١).

فإن اشترى على أنّهُ إن لم يَنْقُدِ الثَّمَنَ إلى ثلاثة أيّام فلا بيعَ صحَّ، وإلى أربعةٍ لا، فإنْ نَقَدَ في الثَّلاثِ جازَ

لكن إن أجيزَ في ثلاثةِ أيّامٍ جازَ البيعُ[١] عند أبي حنيفةَ ﷺ خلافاً لزُفر[٢] ﷺ.

(**فإن اشترى على أنّهُ إن لم يَنْقُدِ الثَّمَنَ إلى ثلاثة أيّام فلا بيعَ صحّ**[٣]، **وإلى أربعةٍ لا**[٤]، **فإنْ نَقَدَ في الثَّلاثِ جازَ**): وإنّما أدخلَ[٥] لفظةَ الفاءِ في قوله: فإن اشترى

[١]قوله: **جاز البيع**؛ لأنّ مَن له الخيار أسقطَ المفسد في إجازتِهِ في الثلاثة قبل تقرّره، فصار كما لو باع جذعاً في سقف، ثمّ نزعه وسلّمه إليه؛ وذلك لأنّه انعقدَ فاسداً؛ إذ الظاهر دوامهما على الشّرط، فإذا أسقطا الزَّائدَ قبل مجيئه تبيَّنَ أنَّ الأمرَ على خلافِ ذلك، فانقلب صحيحاً، وهذا قول مشايخِ العراق.

أو لأنّ المفسدَ اتّصال اليومُ الرابعِ بالمدّة، فإذا أجاز مَن له الخيار قبله لم يتَّصلِ المفسد بالعقد، وصار كأنّه لم يشترط الخيار في الرابع، وهذا عند مشايخ خُراسان: فإنَّ عندهم العقدُ موقوفٌ على إسقاط الزائد، فإذا مضى جزءٌ من الرابع فسد العقد، ذكره في «كمال الدراية»[١].

[٢]قوله: **خلافاً لزفر** ﷺ؛ فإنّ عنده لا يجوز؛ لأنَّ العقدَ انعقدَ فاسداً بفسادِ الشّرطِ الثابت فيه، فلا ينقلبُ صحيحاً بإسقاطه، كما لو باعَ درهماً بدرهمين، ثمَّ أسقطَ الدّرهم الزائد.

[٣]قوله: **صح**؛ والأصلُ في خيارِ النّقدِ أنّه بمعنى شرط الخيار؛ لأنّ معنى الخيارِ نقدُ الثمنِ على تقديرِ إجازةِ البيعِ وعدم نقده على تقديرِ فسخِ البيع، فكذا هاهنا إن شاء نقد الثّمن فتمَّ البيع، وإن شاءَ لم ينقد، فانفسخَ البيع؛ إذ الحاجةُ مسَّت إلى الانفساخِ عند عدمِ السدّ احترازاً عن المماطلةِ في الفسخِ، فيلحقُ خيارُ النقد بخيار الشرط.

[٤]قوله: **وإلى أربعة لا**؛ أي لا يصحُّ البيعُ عند أبي حنيفة ﷺ وأبي يوسف ﷺ، وقال محمّد ﷺ: يجوزُ إلى أربعةِ أيام أو أكثر.

[٥]قوله: **إنّما أدخل**؛ هذا تصويرُ التّفريع، ودفعُ ما يتوهم أنّ ما سبقَ كان مسألة شرط الخيار، والمذكورُ هاهنا خيارُ النّقدِ فما وجه التفريع، وحاصلُ الدفعِ أن المذكور

---

(١) «كمال الدراية»(ق٣٧١).

ولا يخرجُ مبيعٌ عن ملكِ بائعه مع خيارِه

لأنَّه فرعُ مسألةِ خِيارِ الشَّرط؛ لأنَّ خِيارَ الشَّرْطِ إنِّما شُرِعَ ليدفعَ بالفَسْخِ الضَّررَ عن نفسِهِ سواءٌ كان الضَّرَرُ تأخير أداءِ الثَّمَن، أو غيره.

فإذا كان الخِيارُ لضررِ التَّأخِيرِ من صُورِ خِيَارِ الشَّرْطِ فالتَّصريحُ به يكونُ من فُرُوعِ خِيارِ الشَّرْطِ، وهذا الذي ذُكِرَ قولُ أبي حنيفة وأبي يوسفَ خلافاً لمحمَّدٍ ﷺ، فإنَّهُ يَجُوزُ[١] في الأكثر، فهو جَرَى على أصلِهِ في التَّجْويزِ في الأكثر، وأبو حنيفةَ ﷺ جَرَى[٢] على أصْلِهِ في عدمِ التَّجْويزِ في الأكثر، أَمَّا أبو يوسفَ[٣] ﷺ إنَّما لم يُجَوِّزْ هاهنا جَرياً على القياس، وجَوَّزَهُ ثَمَّة لأثرِ ابنِ عُمَرَ ﷺ فإنَّهُ جوَّزهُ إلى شهرين.

(ولا يخرجُ[٤] مبيعٌ عن ملكِ بائعه مع خيارِه

هاهنا من صورِ خيارِ الشّرط؛ لأنّ الشّارعَ إنّما وضعه لدفعِ الضَّررِ - بالفتح -، والضّرر أعمُّ من أن يكونَ تأخيرُ أداءِ الثّمن وغيره، فالمذكورُ يكونُ من فروعِ خيار الشرط.

[١]قوله: فإنّه يجوز؛ أي فإنه قال بجوازِ خيارِ الشَّرطِ في أكثر من ثلاثةِ أيّام، ومسألة خيار النَّقدِ من فروعِ خيارِ الشَّرطِ فجرى على أصله هاهنا في تجويزه أيضاً في أكثر من ثلاثةِ أيّام.

[٢]قوله: جرى؛ فإنّه قال بعدمِ جوازِ خيارِ الشَّرطِ في أكثر من ثلاثة أيّام.

[٣]قوله: أمّا أبو يوسف ﷺ؛ حاصلُهُ: أنّه أخذَ في الأصلِ يعني في خيارِ الشَّرطِ بأثرِ ابن عمرَ ﷺ، وهو أنّه أجازَ الخيار إلى شهرين، وأخذ في خيارِ النّقد بالقياس؛ لأنَّ القياسَ في خيارِ الشرطِ ما قاله الإمام ﷺ، وإنّما تركه صاحباه بالأثرِ المذكور، ولا أثر هاهنا فبقى هذه الصورة على القياس.

[٤]قوله: ولا يخرج؛ لأنّ خروجَه إنّما يكون برضاءِ البائع، ولا يتمّ الرِّضاءُ مع الخيار؛ لأنه يفيدُ عدم الرّضاء بزوالِ ملكه فلا يخرجُ المبيعُ عن ملكه، ويصحُّ تصرُّف البائع في البيع في مدَّةِ الخيار: كتصرُّف الملاّك من الهبة والعتقِ والوطء وغيرها، ويصيرُ فسخاً للبيع.

فإن قبضَهُ المُشْتَري فهلَكَ يَجِبُ عليه بالقيمة ، ويخرجُ عن ملكِ البائعِ مع خيارِ المشتري ، فهُلْكُهُ في يدِهِ بالثَّمنِ كتَعَيُّبِه

فإن قبضَهُ المُشْتَري فهلَكَ يَجِبُ عليه بالقيمة) : أيّ بيع بشرطِ الخِيارِ للبائعِ فقبضَهُ المُشْتَري فهلَكَ في يدِهِ[١] يَجِبُ عليه القيمةُ[٢] ؛ لأنّه مقبوضٌ على سومِ الشِّراء[٣] ، وهو مضمونٌ بالقيمة[٤] .

(ويخرجُ[٥] عن ملكِ البائعِ مع خيارِ المشتري ، فهُلْكُهُ في يدِهِ بالثَّمنِ[٦] كتَعَيُّبِه[٧])

[١]قوله : **فهلكَ في يده** ؛ أي في مدّة الخيار ؛ فإنّه لو هلكَ بعدها فيلزمه الثّمنُ لا القيمة ؛ لبطلانِ الخيار.

[٢]قوله : **يجب عليه القيمة** ؛ وقال ابنُ أبي ليلى ﷺ : لا شيء عليه ؛ لأنه أمين فيه حيث قبضَهُ بإذن صاحبه ، وإنّا نقول : البائعُ ما رضي بقبضه إلاّ بجهة العقد ، والمقبوضُ بجهةِ العقدِ يكون مضموناً بالقيمة : كالمقبوض على سومِ الشّراء. كذا في «الكفاية»(١) .

[٣]قوله : **لأنّه مقبوضٌ على سوم الشراء** ؛ حاصله : أنّ البيعَ لّما كان موقوفاً بوجودِ الخيارِ فينفسخُ بهلاكِ المبيع ، والمعقود عليه لّما هلكَ صار بحيث لا يجوزُ ابتداءُ العقد عليه ، فلا تكونُ الإجازةُ ملحقةً به ، فالمبيعُ بقيَ مقبوضاً في يده على سومِ الشراء.

[٤]قوله : **وهو مضمونٌ بالقيمة** ؛ إذا لم يكن مثليّاً ، فإن كان مثليّاً فعليه المثل ، ثمّ إنّ المقبوضَ على سومِ الشّراءِ إنّما يكون مضموناً إذا كان الثمنُ مسمًّى حتى إذا قال : اذهبْ بهذا الثوب إن رضيتَه اشتريته ، فذهبَ به فهلك ، لا يضمن ، ولو قال : إن رضيتَه اشتريته بعشرة ، فذهبَ به فهلكَ ضمنَ قيمته ، وعليه الفتوى. كذا في «الكفاية»(٢) .

[٥]قوله : **ويخرج...الخ** ؛ لأنَّ البيعَ من جهة بائعه لازم ؛ لأنَّ الخيارَ شُرِعَ نظراً لَمن هو له ، فيعملُ في حقّه دون الآخر.

[٦]قوله : **بالثمن** ؛ لأنَّ المبيعَ إذا قربَ من الهلاكِ يكون معيباً ، وبالتعيّبِ استحكمَ العقد ، ولا يمكنُ الردّ ، ولزمَ الثَّمن لهلاكه على ملكه.

[٧]قوله : **كتعيّبه** ؛ كما إذا دخلَهُ عيبٌ لا يرتفعُ كقطعِ اليد ، وإن كان يرتفعُ

---

(١) «الكفاية»(٥ : ٥٠٤).

(٢) «الكفاية»(٥ : ٥٠٤).

ولا يملِكُهُ المُشْتَري، فشراءُ عرسِهِ بالخِيار لا يفسِدُ نكاحَهُ

أي إذا كان الخِيارُ للمُشْتَرِي وقبضَهُ المشتري فهَلَكَ أو تَعَيَّبَ في يدِهِ يَجِبُ الثَّمَنُ، (**ولا يملِكُهُ المُشْتَري**[١]): أي إذا كان الخِيارُ للمُشْتَري لا يَمْلِكُهُ المُشْتَري عند أبي حنيفةَ ﷺ خلافاً لهما، وثمرَةُ الخلافِ[٢] تظهرُ في هذه المسائل، وهي قولُه: (**فشراءُ**[٣] **عرسِهِ**(١) **بالخِيار لا يفسِدُ نكاحَهُ**)

كالمرضِ فهو على خياره، فإن ارتفعَ في المدّة لا يلزم، وإلاّ يلزم، وعن الشافعيّ ﷺ أيضاً: يلزمُ البيعُ بالتعّيب. ذكره العَيْنِيُّ ﷺ في «شرح الكَنْز»(٢).

[١]قوله: **ولا يملكه المشتري**؛ عند أبي حنيفة ﷺ، وقالا: يملكه، وهو قولُ مالكٍ وأحمد وقولُ الشّافعيّ ﷺ؛ لأنّه لو لم يملكه لكان خارجاً عن ملكِ البائعِ لا إلى مالك، ولم يُعْرَفْ هذا في الشّرع.

ولأبي حنيفةَ ﷺ: إنَّ الثمنَ لم يخرج عن ملكِ المشتري؛ لأنّ الخيارَ يعملُ في حقِّ مَن هو له، فلو دخل المبيع في ملكه دخل بلا عوض، واجتمعَ في ملكِهِ العوض ومعوّضه، ولم يُعْرَفْ هذا في الشرع، وقد عُرِفَ الخروجُ عن ملكِ شخص لا إلى مالك في مسائلَ:

١. منها: إذا اشترى متولّي أمرِ الكعبةِ عبداً لخدمتها؛ فإنّه يخرجُ عن ملكِ مالكه، ولا يدخلُ في ملك أحد.
٢. ومنها: مالُ التّركةِ إذا استغرقَه الدَّين، فإنّه يخرجُ عن ملك الميّت، ولا يدخلُ في ملكِ الورثةِ ولا الغرماء.
٣. ومنها: الوقف. كذا في «كمال الدراية»(٣)، وغيرها.

[٢]قوله: **وثمرةُ الخلافِ**؛ بين الإمام وصاحبه ﷺ من أنَّ الخيارَ إذا كان للمشتري يخرج المبيعُ عن ملك البائع ولا يدخلُ في ملكِ المشتري عنده، ويدخل عندهما.

[٣]قوله: **فشراء...إلى آخره**؛ أي لو اشترى زوجته بالخيار لا يفسد نكاحه عند الإمام ﷺ؛ لأنّه لا يملكها باعتبار الخيار، وعندهما: يفسد؛ لأنه يملكها.

---

(١) العِرْسُ: بالكسر: امرأة الرجل، والجمع أعراس. «مختار»(ص٤٢٣).
(٢) «رمز الحقائق»(٢: ٩).
(٣) «كمال الدراية»(ق٣٧٢).

وإن وَطِئَها ردَّها؛ لأنَّهُ بالنِّكَاح إلاَّ في البِكْرِ، ولا يُعْتَقُ قريبُهُ عليه في مدَّةِ خِيارِه، ولا مَن شراهُ قائلاً: إن ملكتُ عبداً فهو حرٌّ، ولا يعدُّ حيضُ المشريَّةِ في المدَّةِ من استبرائها

عند أبي حنيفةَ ﷺ لعدمِ الملكِ وعندهما يُفسِدُه، (**وإن وَطِئَها**[١] **رَدَّها؛ لأنَّهُ بالنِّكَاحِ إلاَّ في البِكْرِ**): أَيْ إن وَطِئَها المُشْتَرِي في أَيَّام الخِيارِ يَمْلِكُ رَدَّها عند أبي حنيفةَ ﷺ؛ لأنَّ الوَطْءَ بالنِّكاحِ فلا تكونُ إجازةً إلا أَن تكونَ[٢] بكراً؛ لأَنَّهُ نَقَصَها بالوطءِ فلا يَمْلِكُ الرَّدَّ، وعندهما لا يملِكُ الرَّدُّ وإن كانت ثيباً؛ لأنَّ المُشْتَرِي قد مَلَكَها ففسدَ النِّكاح، فالوَطْءُ يكونُ بملكِ اليمينِ فيكونُ إجازةً متصلةً.

(**ولا يُعْتَقُ قريبُهُ عليه في مدَّةِ خِيارِه**): أَي إن اشترى قريبَه بالخِيارِ لا يُعْتَقُ عند أبي حنيفةَ ﷺ في أَيَّامِ الخِيارِ خلافاً لهما[٣].

(**ولا مَن شراهُ قائلاً**[٤]: **إن ملكتُ عبداً فهو حرٌّ**): أي إن قال: إن ملكتُ عبداً فهو حُرٌّ، فشراهُ بالخيارِ لا يعتقُ في أَيَّامِ الخِيارِ عند أبي حنيفة[٥] ﷺ لعدمِ الملك

(**ولا يعدُّ حيضُ المشريَّةِ في المدَّةِ من استبرائها**[٦])

---

[١]قوله: **وإن وطئها**؛ وهي ثيب، ولم ينقصها الوطء أمّا إذا نقصَها، فليسَ له الردُّ وإن كانت ثيّباً. ينظر: «الكفاية»(١).

[٢]قوله: **إلاّ أن تكون**؛ استثناءٌ من قولِه: «ردّها»: أي يملكُ ردّها إن كانت بكر؛ لأنّه... الخ.

[٣]قوله: **خلافاً لهما**؛ أي عندهما يعتق؛ لأنّه ملكه، ولفور الملك يعتق القريب.

[٤]قوله: **قائلاً إن ملكت**؛ بخلافِ ما إذا قال: اشتريتُ عبداً فهو حرّ؛ لأنّه يصيرُ كالمنشئ للعتقِ بعد الشرط، فسقطَ الخيارُ فيعتقُ عندهم جميعاً، فإنّ المعلّق بالشَّرطِ كالمرسل عند وجودِ الشّرط، ولو أنشأ العتقَ بعد شرائِهِ بالخيارِ عتق، ويسقطُ الخيار فكذا هذا.

[٥]قوله: **عند أبي حنيفةَ**؛ خلافاً لها فإنه يعتقُ عندهما لوجودِ الملك.

[٦]قوله: **استبرائها**؛ الاستبراءُ لغة: طلبُ البراءةِ مطلقاً.

---

(١) «الكفاية»(٥: ٥٠٧).

ولا استبراءَ على البائعِ إن رُدَّت عليه بالخيارِ، ومَن ولَدَتْ في المدَّةِ بالنِّكاحِ لا تصيرُ أُمَّ ولدٍ له

أي إن اشترى أمةً بالخِيارِ فحاضتْ في أيَّامِ الخِيار، فهذه الحيضةُ لا تُعَدُّ من الاستبراءِ عند أبي حنيفةَ ﷺ؛ لأنَّ[١] الاستبراءَ إنَّما يَجِبُ بعد ثبوتِ الملك، (**ولا استبراءَ على البائعِ إن رُدَّت عليه بالخيارِ**): أي إن رُدَّتْ[٢] الأمةُ المشريَّةُ بالخِيارِ لا يجبُ الاستبراءُ على البائعِ عند أبي حنيفةَ ﷺ؛ لأنَّ[٣] الاستبراءَ إنَّما يجبُ بالانتقالِ من ملكٍ إلى ملكٍ، ولم يوجدْ عند أبي حنيفةَ ﷺ حيث لا يملكُها المُشْتِرِي.

(**ومَن**[٤] **ولَدَتْ في المدَّةِ بالنِّكاحِ لا تصيرُ أُمَّ ولدٍ له**)

وفي اصطلاحِ الفقهاء: طلبُ براءةِ الرَّحم، فمَن ملكَ أمةً رقبةً ويداً سواءً كان الملكُ بالشَّراءِ أو بغيره، كهبة، أو إرث، أو غيرهما، فيحرم على المالكِ وطؤها ودواعيه حتى يستبرء بحيضةٍ فيمَن تحيض، وبشهرٍ في الآيسة والمنقطعة عن الحيض، فإنَّ الشَّهرَ قائمٌ مقامَ الحيضِ في العدّة، فكذا في الاستبراء أيضاً، وفي ممتدّة الطّهر بثلاثةِ أشهرٍ عند الشيخين، وبأربعةِ أشهرٍ وعشر عند محمّد ﷺ، وفي الحاملِ بوضعها.

والحكمةُ فيه: أن يتعرَّفَ براءةَ الرّحم؛ لحصولِ صيانةِ المياهِ المحترمةِ عن الاختلاط، والأنساب عن الاشتباه، وهذه الصيانةُ عند حقيقة الشّغل كما في الحبالى، أو توهّم الشغلِ بماءٍ محترم، وهو أن يكون الولدُ ثابتَ النّسب.

[١]قوله: **لأنّ**... الخ؛ يعني أن طلبَ براءةَ الرّحمِ لا يكونُ إلا بعد كونها مملوكة، ولم يثبت الملكُ عند الإمام، فهذه الحيضةُ لا تكونُ ممّا يعدُّ من الاستبراء، خلافاً لهما، فإنّ عندهما لمّا ثبتَ الملكُ فكانت هذه الحيضة من الاستبراء.

[٢]قوله: **إن ردَّت**... الخ؛ يعني إن اشترى أحدٌ أمتَه بالخيارِ وردّها إلى البائع في مدّة الخيارِ لا يجبُ على البائع طلبُ براءة رحمها.

[٣]قوله: **لأنّ**... الخ؛ حاصله: أنَّ الاستبراءَ لا يجبُ إلا بتحديدِ الملك، ولم يوجد حيث لم تدخل في ملك غيره، فكأنّه لم يزل ملك البائع.

[٤]قوله: **ومَن**؛ أيّ أمةٍ ولدت، فإنّ لفظ: مَن في المذكّر والمؤنّث سواء، وحاصل الصّورةِ: أنهّ إذا اشترى الأمةَ التي كانت منكوحتَه، وولدت منه في أيّام الخيارِ في يدِ البائع قبل قبضِ المشتري، لا تصيرُ أمَّ ولدٍ له عند الإمام ﷺ خلافاً لهما، فأمّا إذا قبضَها المشتري وولدت عنده في مدَّةِ الخيار يثبتُ له الملك، ويسقطُ الخيارُ وتصيرُ أمَّ ولدٍ له بالاتّفاق؛ لأنّها تعيَّبت بالولادةِ فلا يمكنُ ردُّها بعد العيب.

أي إن اشترى زوجتَه بالخِيار، فولَدَتْ في أيَّامِ الخِيارِ في يدِ البائعِ لا تصيرُ أمَّ ولدٍ للمشتري، فيملِكُ الرَّدَّ عند أبي حنيفةَ ﷺ، وعندهما تصيرُ أمَّ ولدٍ له؛ لأنَّها ولدت في ملكِ المُشْتَرِي، فلا يملِكُ الرَّدّ، وإنَّما قلنا[1]: في يدِ البائعِ حتى لو قَبَضَ المُشْتَرِي وولَدَتْ في يدِهِ تصيرُ أمَّ ولَدٍ له بالاتفاق؛ لأنَّها تعَيَّبَتْ[2] بالولادة، فلا يملكُ الرَّدَّ فصارتْ ملكاً للمُشْتَرِي، فالولادةُ وقعَتْ في ملكِ المُشْتَرِي لا في ملكِهِ، فتصيرُ أمَّ ولَدٍ له.

(وهُلْكُهُ[3] في يدِ البائعِ عليه إن قبضَهُ المُشْتَري بإذنِهِ وأودعَهُ عنده

[١]قوله: وإنما قلنا؛ أي وإنّما قيّدنا الولادة بكونها في يد البائع؛ لأنّها إن كانت أعمّ فالصورةُ شاملةٌ لما إذا ولدت في يد المشتري أيضاً وحكمه ليس كذلك.

[٢]قوله: لأنها تعيبت... الخ؛ ونقل صاحب «البحر»(١) و«المنح»(٢) عن «الخانية»(٣): «إذا ولدت بطلَ خيارُه، وإن كان الولدُ ميّتاً ولم تنقصها الولادة لا يبطلُ خياره». انتهى.

وقال العلاّمة الشاميّ في «رد المحتار»: «مقتضاهُ أنَّ الولادةَ لا تكون نقصاناً، وهو خلافُ الإطلاق السابق، ويؤيّد السَّابقُ ما في «البَزَّازية»: اشتراها وقبضها ثمَّ ظهر ولادتها عند البائع لا من البائع وهو لا يعلمُ:

في روايةِ المضاربةِ: عيبٌ مطلقاً؛ لأنّ التّكسّرَ الحاصل بالولادةِ لا يزولُ أبداً وعليه الفتوى.

وفي رواية: إن نقصتها الولادةُ عيب، وفي البهائم ليست بعيب إلاَّ أن توجبَ نقصاناً، وعليه الفتوى». انتهى(٤). ولهذا لم يقيّد الشّارحُ الولادةَ بالنقصانِ وحدها عيباً على الإطلاقِ في الإماء.

[٣]قوله: وهلكه؛ الهلك بضمِ الهاء: نيستي. كذا في «الصراح»، يقال: لأذهبنّ

---

(١) «البحر الرائق»(٦: ١٧).

(٢) «منح الغفار»(ق٢: ١٠/ب).

(٣)«الفتاوى الخانية»(٢: ١٨٣).

(٤) من «رد المحتار»(٤: ٥٣).

لارتفاعِ القبضِ بالرَّدِّ لعدمِ الملكِ ، وبَقِيَ خِيارُ مأذُونٍ شَرَى شيئاً بالخِيار

لارتفاعِ القبضِ بالرَّدِّ لعدمِ الملكِ) : أي المُشْتَرِي بالخِيارِ[1] إن قَبَضَ مُشتَرَاهُ ، ثمَّ أودعَهُ عند البائعِ ، فهَلَكَ في يدِ البائِعِ ، فهُلْكُهُ في يدِهِ يكونُ على البائع ؛ لأَنَّ القَبْضَ قد ارتفعَ بالرَّدِّ ؛ لأَنَّ المُشْتَرِي لم يَمْلِكْهُ ، فلم يصحَّ الايداع ، بل رَدُّهُ إلى البائع يكونُ رفعاً للقَبْضِ ، فَيَكُونُ الهلاكُ قبل القَبْضِ ، فيكونُ على البائع ، وعندهما[2] لَمَّا مَلَكَهُ المُشْتَرِي صَحَّ إيداعُهُ ، فلا يَرْتَفِعُ القَبْضُ ، فكأنَّه هَلَكَ في يدِ المُشْتَرِي ، فيكونُ الهَلاكُ من ماله.

(وبَقِيَ خِيارُ مأذُونٍ[3] شَرَى شيئاً بالخِيار

فإمّا هلك وإمّا ملك بفتحهما وبضمهما ، يعني هي دراهيم دران كاريس يا هلاك مى شوم يا مالك آن مي كردم. كذا في «منتهى الأرب» فمعناه : هلاكُ ما اشتراه المشتري في يدِ البائع عليه لا على المشتري.

وصورة هلاكه في يدِ البائع : أنّ المشتري قبضَهُ بإذن البائع ، وأودعه عنده ، ولَمَّا كان المشتري غير مالكٍ بالخيار ، وغيرُ قابضٍ بالردّ فلا شيء عليه عند الإمام ﷺ.

[1]قوله : **بالخيار** ؛ قيّدَ به لأنّه لو كان الخيارُ للبائعِ فسَلَّمَ المبيعَ إلى المشتري فأودعَه البائع ، فهلكَ عنده بطلَ البيعُ عند الكلّ ، ولو كان البيعُ باتّاً فقبضَ المشتري المبيعَ بإذنِ البائعِ أو بغيرِ إذنه ثمَّ أودعه البائع ، فهلكَ كان على المشتري اتّفاقاً ؛ لصحّة الإيداع. كذا في «البحر»(1) نقلاً عن «التاتارخانية».

[2]قوله : **وعندهما** ؛ حاصله : أنَّ الملكَ لَمّا ثبتَ للمشتري كما هو مقرَّرٌ عندهما فصحّ إيداعه ؛ لأنّه متفرِّعٌ على الملك ، فلم يرتفع القبض ؛ لأنّ ارتفاعَه كان في عدم ثبوتِ الملك فهلاكُهُ عند البائع كان بمنزلةِ هلاكِهِ عند المشتري.

[3]قوله : **مأذون** ؛ المأذون عبدٌ ثبتَ له الإذنُ من عند مولاه ، والإذن شرعاً : فكُّ الحجر وإسقاطُ الحقّ ، ثمَّ يتصرّفُ العبدُ بعد ذلك لنفسه بأهليته القديمة ، فلا يلزم سيّده عهدته مثلاً إذا اشترى شيئاً ولم يؤدِّ ثمَنَه ، يطلبُ منه الثَّمن ولم يرجع إلى سيّده ؛ لأنّه اشترى لنفسه لا لسيّده.

---

(1) «البحر الرائق»(٦ : ١٧).

وأَبْرَأَهُ بائعُهُ عن ثمنِهِ في المدَّة؛ لأَنَّ المأذونَ يلي عدمَ التَّمَلُّكِ

وأَبْـرَأَهُ[١] بائعُـهُ عـن ثمـنِهِ في المدَّة؛ لأَنَّ المأذُونَ يلي عدمَ التَّمَلُّكِ): أي إن اشْتَرَى عبدٌ[٢] مـأذونٌ شيئاً بالخِيار، وأبرأهُ بائعُهُ عن ثمنِهِ في مُدَّةِ الخِيارِ، بَقِيَ خِيارُهُ عند أبي حنيفةَ ﷺ، وعـندهما[٣]: لا يبقـى لـه الخِيَار؛ لأَنَّهُ إن بقي كان له ولايةُ الرَّدِّ، فردُّهُ يكـون تَمْلِيكاً بغـيرِ عِـوَضٍ، والمـأذونُ لا يملـكُ ذلك، وعند أبي[٤] حنيفةَ ﷺ لَمَّا لم يَمْلِكْهُ كـان رَدُّهُ امتناعاً عن التَّمَلُّكِ، وللمأْذُونِ ولايةُ ذلك؛ فإنَّهُ إذا وهبَ له شيئاً فله ولايةُ أَنْ لا يَقْبَلَهُ.

[١]قوله: وأبرأه؛ فإن قلت: إذا كان الخيار للمشتري فالثّمن لم يخرج عن ملكه، فما وجه إبراء البائع عن الثمن قبل أن يملكه؟

أجيب: بـأنّ القيـاسَ ينفـي صحّة هذا الإبراء، وجوازه استحسان؛ لحصوله بعد وجودِ سبب الملك، وهو العقد. كذا في «المنح»(١).

[٢]قوله: عبد؛ إشارةٌ إلى أنَّ المرادَ بالمأذون: عبدٌ مأذونٌ لا صبيّ ولا معتوه، فإنَّ الإذن على نوعين:

أحدهما: إذنُ العبد؛ وهـو فـكّ الحجرِ بالرقّ الثَّابتِ شرعاً على العبد، وإسقاطُ الحقّ فيتصرّف لنفسه بأهليته.

والنوع الثاني: إذنُ الصبيّ والمعتوه؛ وهو فكّ الحجرِ وإثباتُ الولاية لهما. كذا في «الدرر»(٢).

[٣]قـوله: وعـندهما؛ أي لَما أبرأه بائعُهُ عن ثمنه لا يبقى له الخيار؛ لأنّه لَمّا ملَكَه العبدُ المأذون كـان الردُّ منه تمليكاً بغير عوض، وهو تبرُّع، والمأذونُ ليس أهلاً له، كما ثبتَ في موضعه، قال في «البحر»: «هذا يقتضي صحّة الإبراء، وقدّمنا أنّه لا يصحُّ عند أبي يوسف ﷺ، ويصحُّ عند محمّد ﷺ استحساناً». انتهى(٣).

[٤]قـوله: وعند أبي حنيفة ﷺ؛ حاصله: أنَّ المأذون لَمَّا لم يثبتْ له الملكُ بسبب الخيار، فإن ردّ مشتراه في مدّة الخيارِ كان ردّه امتناعاً عن التملّك، وله ولايةُ ذلك

(١) «منح الغفار»(ق٢: ١٠/ب).

(٢) «درر الحكام»(٢: ٢٧٦).

(٣) من «البحر الرائق»(٦: ١٧).

وبطلَ شراءُ ذميٍّ من ذميٍّ خمراً بالخِيارِ إن أسلم؛ لئلا يتملَّكَها مسلماً بإسقاطِ خِيارِه

(**وبطلَ شراءُ ذميٍّ من ذميٍّ خمراً بالخِيارِ إن أسلم؛ لئلا يتملَّكَها مسلماً بإسقاطِ خِيارِه**): أي إن اشترى ذِمْيٌّ بشرطِ خِيارِه[1] من ذِمْيٍّ خمراً، ثُمَّ أسلمَ المُشْتَرِي(١) بطلَ شراؤُه؛ لأَنَّهُ إن بَقِيَ فعندَ إسقاطِ الخِيارِ يَتَملَّكُهُ المُشْتَرِي، فيلزَمُ تَملُّكُ المسلم الخمر، وعندهما ينفذُ الشِّراءُ وبطلَ الخِيار؛ لأَنَّهُ لو بَقِيَ يَمْلِكُ رَدَّهَا، والرَّدُّ يكونُ تمليكاً، والمسلم لا يملكُ تمليكَ الخمر، فهذه[2] المسائلُ ثمراتُ الخلاف.

الامتناع، فإنّه إذا وهبَ له أحدٌ شيئاً فله قدرةُ عدمِ القبول، فكذا هاهنا.

[1]قوله: **بشرطِ خياره**؛ أشارَ إلى أنَّ المرادَ بالخيارِ خيارُ المشتري، فإنّه لو كان الخيارُ للبائع فأسلم بطلَ البيع، ولو أسلمَ المشتري لا يبطل، وخيارُ البائعِ على حاله، فإن أجاز صارت الخمرُ للمشتري حكماً، والمسلمُ أهل لأن يتملَّكها حكماً. كذا في «البحر»(٢).

[2]قوله: **فهذه**...الخ؛ وقد زادَ بعضُهم على ما ذكرناه مسائل:

١. منها: ما إذا تخمّرَ العصيرُ في بيعِ مسلمين في مدّته فسدَ البيعُ عنده؛ لعجزِهِ عن تملُّكه، وعندهما يتمُّ؛ لعجزِهِ عن ردّه.
٢. ومنها: لو اشترى داراً على أنّه بالخيار وهو ساكنها بإجارةٍ أو إعارة فاستدامَ سكنها، قال السَّرَخْسِيُّ: لا يكونُ اختياراً، وهو كابتداءِ السّكنى، وقال خُوَاهَرْ زَادَه: استدامتُها اختيارٌ عندهما؛ لملك العين، وعنده: ليس باختيار.
٣. ومنها: حلالٌ اشترى ظَبياً بالخيار فقبضه ثمّ أحرم والظَّبْيُ في يدِهِ ينتقضُ البيعُ عنده، ويردُّ إلى البائع، وعندهما: يلزمُ المشتري، ولو كان الخيارُ للبائعِ ينتقضُ بالإجماع، ولو كان للمشتري فأحرمَ البائع، للمشتري أن يردّه.

---

(١) أما لو أسلم البائع فلا يبطل بالإجماع وصار المشترى على حاله. ينظر: «مجمع الأنهر»(٢: ٢٨).

(٢) «البحر الرائق(٦: ١٧).

ومَن له الخِيارُ يُجيزُ وإن جَهِلَ صاحبُه ولا يَنْفَسِخُ بلا علمِه

(ومَن له الخِيارُ[١] يُجيزُ وإن جَهِلَ صاحبُه ولا يَنْفَسِخُ بلا علمِه): أي إن فسخَ[٢] مَن له الخِيارُ لا يَنْفَسِخُ بلا عِلْم صاحبِه[٣] خلافاً لأبي يوسفَ والشَّافِعِيِّ(١)

٤. ومنها: إذا كان الخيارُ للمشتري، وفسخ العقد، فالزوائدُ تردّ على البائع عنده؛ لأنّها لم تحدث على ملكِ المشتري، وعندهما: للمشتري؛ لأنّها حدثت على ملكِه، كذا في «البحر»(٢) نقلاً عن «الفتح»(٣)، وغيره.

[١]قوله: مَن له الخيار؛ سواءٌ كان البائعُ أو المشتري أو الأجنبيّ، فإن شرطَ الخيار يصحُّ منهم جميعاً إذا أجازَ صحّ، وإن لم يعلم صاحبُه إجماعاً؛ لأنّها إسقاطُ حقّ، فلا يعتبرُ علمُ صاحبه بها كالطَّلاقِ والعتاق. كذا في «المنح»(٤)، إلاَّ أن يكون الخيار لهما، وفسخ أحدُهما فليسَ للآخرِ الإجازة؛ لأنَّ المفسوخَ لا تلحقُهُ الإجازة. كذا في «الدرر»(٥).

[٢]قوله: إن فسخ؛ بالقول لأنّه إن فسخَ بالفعلِ جاز، ولو بلا علمِهِ اتّفاقاً، ومثالُ الفسخِ بالفعل أن يتصرَّفَ البائعُ في مدَّةِ الخيارِ تصرُّفَ الملاّك، كما إذا أعتقَ المبيع، أو باعه، أو كان جاريةً فوطئها فكان فسخاً حكميّاً؛ لأنّه دليلُ الاستبقاء، وهذا إذا كان الخيارُ للبائع.

وأمّا إذا كان الخيارُ للمشتري وفعلَ هذه الأفعال فيتمّ البيع، ولو كان الثّمنُ عيناً فتصرّفَ فيه المشتري تصرّف الملاّك، وكان الخيارُ له يفسخُ به العقد. كما صرّح به في «العناية»(٦)، وغيرها.

[٣]قوله: لا ينفسخُ بلا علمِ صاحبه؛ لأنّ الفسخَ تصرّفٌ في حقّ الغير، وهو العقدُ بالرَّفع، وهو لا يعرّى عن المضرّة، أمّا إذا كان الخيارُ للبائع فالمشتري عسى يعتمد تمام البيع السّابق، فيتصرّف فيه، فيلزمُهُ غرامةُ القيمة بهلاكِ المبيع، وقد تكونُ

---

(١) ينظر: «المنهاج» وشرحه «مغني المحتاج»(٢: ٤٩)، وغيرهما.

(٢) «البحر الرائق»(٦: ١٧ - ١٨).

(٣) «فتح القدير»(٥: ٥٠٩).

(٤) «منح الغفار»(ق٢: ١١/أ).

(٥) «درر الحكام»(٢: ١٥٣).

(٦) «العناية»(٥: ٥١٢).

فإن فسخَ وعَلِمَهُ في المدَّة انفسخَ وإلاَّ تَمَّ عَقْدُه ويورَثُ خِيارُ العيبِ والتَّعْيينِ لا الشَّرطِ والرُّؤيةِ

لَهُمَا: أنّه[1] إن شرطَ عِلْمِ صاحبِهِ لم يبقَ فائدَةَ في شرطِ الخِيارِ؛ لأَنَّ صاحبَهُ إن اختفى في مُدَّةِ الخِيار، فلم يَصِلِ الخبرُ إليه، فيتمُّ العقدُ فيَتَضَرَّرُ مَن له الخِيار، (**فإن فسخَ وعَلِمَهُ في المدَّة انفسخَ[2] وإلاَّ تَمَّ عَقْدُه**(1)).

ويـورَثُ خِيارُ العيبِ والتَّعْيينِ لا الشَّرطِ والرُّؤيةِ): خِيارُ التَّعيين: أن يشتري أحدَ الثَّوْبَيْن بعشرةٍ على أن يُعَيِّنَ أيّاً شاء، وخِيارُ الشَّرطِ يورثُ عند[3] الشَّافِعِي(2) رضي الله عنه أيْضاً

القيمةُ أكثرَ من الثَّمن، ولا خفاء في كونه ضرراً.

وأمّا إذا كان للمشتري فالبائعُ عسى يعتمد تمامه فلا يطلب لسلعته مشترياً، وقد تفوت مدّة أيّام رواجِ بيع البيع، وفي ذلك ضررٌ لا يخفى، والتصرُّفُ المشتملُ على ضررٍ في حقِّ الغيرِ يتوقَّفُ على علمه لا محالة، كما في عزل الوكيل؛ فإنّه موقوفٌ على علمه بعزل الموكِّلِ كي لا يتضرَّرَ بلزوم الثّمن فيما إذا كان وكيلاً في الشّراء وببطلان قولِهِ فيما إذا كان وكيلاً بالبيع.

[1]قوله: **إنّه**...الخ؛ هذا معارضةٌ على قولِ الطّرفين، حاصله: أنّ ما استدللتم به دلَّ على كونِ العلمِ شرطاً للفسخ، لكن عندنا ما يعارضُه؛ وهو أنّه لو شُرِطَ العلمُ في الفسخِ لم يبقَ فائدة الخيار.

أو فائدتُهُ دفعُ الضرر عن نفسِ مَن له الخيار، وإن اختفى صاحبُه في مدّة الخيار ولم يَصِلْ إليه خبرُ الفسخِ فتمَّ العقدُ ولم ينفسخ كما قلتم، فيتضرّر مَن له الخيار، وكان مجبوراً على دفع الضَّررِ عن نفسه فما فائدة الخيار.

[2]قوله: **انفسخُ**؛ بحصولِ العلمِ به وإلا؛ أي وإن لم يعلمْ به الآخر في المدّة بل بعد مضيِّ المدة تمَّ العقدُ؛ لوجودِ الرّضاء دلالةً حيث لم يتمّ الفسخ.

[3]قوله: **يورث عند الشّافعيّ** رضي الله عنه؛ لأنّه حقٌّ لازمٌ له في البيعِ فيجري فيه الإرث؛ كخيارِ العيب، وبه قال مالك رضي الله عنه.

---

(1) محلُّ هذا الاختلاف في الفسخ بالقول، أما الفسخ بالفعل كالبيع والعتق وتوابعه والوطء ودواعيه بشهوة ضمني فلا خلاف في جوازه مع غيبة الآخر. ينظر: «الشرنبلالية» (٢: ١٥٣).

(٢) ينظر: «تحفة المحتاج»(٤: ٣٤٠)، و«نهاية المحتاج»(٤: ١١)، وغيرهما.

وإن اشترى وشرطَ الخِيارَ لغيرِه، فأيٌّ أجازَ أو نقضَ صحَّ ذلك، فإن أجازَ أحدُهُما وفسخَ الآخَر، فالأَوَّلُ أَوْلَى، وإن وُجِدَا معاً فالفسخُ أَوْلَى

وخِيارُ الرُّؤيةِ لا يَتَأَتَّى على مذهبِه(١)؛ لأنَّ شراءَ ما لم يرَهُ لا يجوزُ عنده في أظهر القولين.

(وإن اشترى[١] وشرطَ الخِيارَ لغيرِه، فأيٌّ أجازَ أو نقضَ صحَّ ذلك، فإن أجازَ أحدُهُما وفسخَ الآخَر، فالأَوَّلُ أَوْلَى، وإن وُجِدَا معاً فالفسخُ أَوْلَى)

ولنا: أنّ الغرضَ منه التأمّل؛ لغرضِ نفسِه، وقد بطلت أهليّة التأمُّل بخلافِ خيارِ العيب؛ لأنّ المورِّثَ استحقَّ البيعَ سليماً، فكذا الوارث؛ لأنّه ورثَ خياره، وخيار التعيّن يثبتُ للوارثِ ابتداءً لاختلاط ملكه بملك الغير إلاّ أن يورث الخيار.

[١]قوله: وان اشترى؛ أحدٌ شيئاً وشرطَ الخيار لغيره صحَّ الشرطُ عندنا، وقال زفر ﷺ: لا يجوز؛ لأنّه من أحكامِ العقدِ فيختصُّ بالعاقد، وبه قال الشّافعيّ ﷺ في قول.

ولنا: أنّ تصرّفات العاقد تصانُ عن اللغوِ مهما أمكن، فاشتراطُه لغيرِ العاقد اشتراطٌ للعاقد، فيُجْعَلُ كأنّه شرطَ الخيار لنفسِه وجعل الأجنبيّ نائباً عن نفسِهِ اقتضاه تصحيحاً لتصرُّفِه، والمرادُ بالغيرِ في قولِهِ: لغيره: الأجنبيّ، فلا يردُ أنّه صادق على العاقدِ الآخر ففسد المعنى، فأيّ بمعنى له الخيار، والأجنبيّ أجاز البيعَ أو نقضَ صحّ ذلك؛ لأنّ كلاً منهما يملكُ التصرّف أصالةً أو نيابةً.

فإن أجازَ أحدُهما وفسخَ الآخر: أي نقض الآخر، فالأوّل منهما أوفى؛ لوجودِهِ في زمانٍ فيه لا يزاحمه فيه أحدٌ، وتصرّفُ الآخرِ بعده لغو فيه.

ولو وجدا: أي الإجازة والنقض معاً: أي حال كونهما مجتمعين بأن أجازَ أحدُهما ونقضَ الآخرُ وخرجَ الكلامان معاً، فالفسخُ أولى من أيّهما كان، وهو روايةٌ عن أبي يوسف ﷺ، وعن محمّد ﷺ تصرّف العاقدِ أولى لقوّته، وفقد ذلك أنّ تصرّف النائبِ إنّما يحتاجُ إليه عند انتفاءِ تصرّف المنوب، وأمّا عند وجوده فلا احتياجَ إليه.

واستشكل بما إذا وَكَّلَ رجلاً بطلاقِ امرأته للسنة فطلّقها الوكيل والموكّل معاً، فإنَّ الواقعَ طلاقُ أحدِهما لا بعينه.

---

(١) ينظر: «الأم»(٣: ٣)، و«مختصر المزني»(٨: ٧٢)، و«فتوحات الوهاب»(٣: ٧٦)، وغيرهما.

....

قالوا ذلك؛ لأنَّ شرطَ الخِيارِ لغيرِ العاقدِ إنَّما يَثْبُتُ بطريقِ النِّيابةِ عن العاقد، فيثبُتُ له اقتضاءً[١].

أقول[٢]: إذا اشترى على أنّ الغيرَ بالخِيار، لا يَثْبُتُ الخِيارُ إلا برضاءِ المتعاقدينِ، فيكون نائباً عن المتعاقدين، ثمَّ رضاء البائع بِخِيارِ الغيرِ لا يقتضي رضاه بِخِيار المُشْتري.

وأجيبُ: بأنّ التَّرجيحَ محتاجٌ إليه عند تنافي الفعلين، كالفسخِ والإجازة، وأمّا إذا اتّحدا فالمطلوب حاصلٌ بدونه فلا حاجة إليه.

ووجهُ القولِ الأوّل: وهو الفسخ أولى: أنّ المجازَ يلحقه الفسخ كما لو أجاز والمبيع هالك عند البائع، والمفسوخُ لا تلحقُهُ الإجازة، فإنَّ العقدَ إذا انفسخَ بهلاكِ المبيع عند البائع لا تلحقه الإجازة، ولا خفاء في قوّة ما يطرأ على غيره على ما ليس كذلك. كذا في «المنح»(١).

[١]قوله: فيثبتُ له اقتضاءً؛ فيه بحث؛ لأنّ شرطَ الاقتضاءِ أن يكون المقتضى أدنى منزلةً من المقتضِي، ألا ترى أنّ مَن قال لعبد له حنث في يمينه: كفّر عن يمينك بالمال، لا يكون ذلك تحريراً اقتضاءً؛ لأنَّ التّحريرَ أقوى من تصرّفِ التكفير؛ لكونه أصلاً فلا يثبتُ تبعاً لفرعه، ولا خفاء أنّ العاقدَ أعلى مرتبةً، فكيف يثبتُ له الخيار اقتضاء؟

وأجيب عنه: بأنّ الاعتبارَ للمقاصد، والغيرُ هو المقصود باشتراطِ الخيار فكان هو الأصلُ نظراً إلى الخيار، والعاقد أصلٌ من حيثُ التمليك لا من حيث الخيار، فلا يلزمُ ثبوتُ الأصلِ بتبعيّة فرعه، وأمّا التحرير فإنّه الأصلُ في الكفّارة الماليّة، فلا يثبتُ تبعاً لفرعِه. كذا في «ذخيرة العقبى»(٢).

[٢]قوله: أقول؛ هذا نقضٌ على ثبوت الخيارِ للمشتري اقتضاءً، حاصلُهُ: أنّ الرّضاء لهذا الغير لا يثبتُ ما لم يوجد رضاءُ المتعاقدين، فكان هذا الغيرُ نائباً عنهما، والظّاهرُ أنَّ رضاءَ البائع بخياره لا يقتضي رضاءه بخيار المشتري، فلا يثبت خيارُ المشتري اقتضاءً.

---

(١) «منح الغفار»(ق٢: ١١/ب).

(٢) «ذخيرة العقبى»(ص٣٥٨).

وبيعُ عبدينِ بالخِيارِ في أحدِهِما صحَّ إن فَصَّلَ ثَمَنَ كُلٍّ، وعَيَّنَ مَحَلَّ الخِيار، وفسدَ في الأوجهِ الباقية

(وبيعُ[1] عبدينِ(1) بالخِيارِ في أحدِهِما صحَّ إن فَصَّلَ ثَمَنَ كُلٍّ، وعَيَّنَ مَحَلَّ الخِيار، وفسدَ في الأوجهِ الباقية): وهي:

١. ما إذا لم يُفصِّلِ الثَّمَنَ، ولم يُعَيِّنْ مَحَلَّ الخِيار.
٢. أو فَصَّلَ ولم يُعَيِّنْ.
٣. أو عَيَّنَ ولم يُفَصِّلْ؛ لجهالةِ الثَّمَنِ والمبيع، أو جهالةِ أحدِهِما.

وفيه كلامٌ نفيس، وهو ما ذكره يعقوب باشا(2): من أنّ رضاء البائع في هذه الصورة بخيار الأجنبيّ من جهة المشتري لا من جهة نفسه أيضاً، فلا ينوب إلا عن المشتري، ثم إن رضاء البائع بخيار الغير لتصحيح تصرّفه، فالخيار إنّما يثبت له نيابةً عن المشتري ضرورةَ ارتضائه وتصحيح تصرّفه أن يقدّر الرضاء للمشتري، ثم يجعل الغير نائباً عنه، وحينئذٍ لا مجال لتوهّم الأشكال.

[1]قوله: وبيع عبدين؛ حاصلُه: أنّ بيع عبدين على أنّه بالخيار بما في أحدهما على أربعةِ أوجه:

١. إمّا أن يُفصِّلَ ثمنَ كلٍّ منهما، ويُعيِّن محلَّ الخيار.
٢. أو لم يُفصّل ولم يُعيِّن.
٣. أو يُفصِّل ولم يُعيِّن.
٤. أو يُعيِّن ولم يُفصِّل.

ففي الصورة الأولى صحَّ البيع؛ لأنَّ كلاً من البيع والثمن معلوم.

فإن قيل: قد جعلَ قبولُ العقدِ في الذي فيه الخيارُ شرطاً لانعقادِ البيعِ في الذي لا خيارَ فيه، فيفسد كما لو جمعَ بين حرٍّ وقنٍّ وفَصَّلَ الثّمنَ حيث جعلَ قبولَ العقدِ في الحرِّ شرطاً للانعقاد في القنّ.

---

(1) قيد بالعبدين؛ لأن شراء الكيلي والوزني أو العبد الواحد على أنه بالخيار في نصفه جائز، سواء فصل الثمن أو لم يفصل؛ لأن النصف من الشيء الواحد لا يتفاوت. ينظر: «فتح باب العناية»(٢: ٣١٤).

(2) في «حاشيته على شرح الوقاية»(ق٩٣/أ).

....

....

أجيب: بأنَّ الحرَّ غيرُ داخلٍ في العقدِ لا انعقاداً ولا حكماً؛ لأنّه ليس بمحلٍّ للبيع أصلاً، فكان قبولُهُ شرطاً مفسداً بخلافِ ما نحن فيه، فإنّه محلٌّ للبيع، ويدخلُ فيه انعقاداً وإن لم يدخل حكماً، فكان قبولُه شرطاً صحيحاً.

وصار كما لو جمعَ بين مدبّر وقنّ حيث صحَّ العقدُ في القنّ بصحّته من الثمن، مع أنَّ قبولَ العقدِ فيه مشروطاً بقبوله في المدبَّر؛ لأنَّ المدبَّرَ داخلٌ تحت البيع، حتى لو قضى القاضي بجوازِ بيعِه نفذ، فلم يكن شرطُ قبولِ العقدِ فيه مفسدٌ للعقدِ في الآخر.

وفي الصورِ الباقيةِ فسدَ البيع:

أمّا في الصورةِ الثَّانيةِ فلجهالةِ الثَّمنِ والمبيع.

وأمّا في الصورةِ الثّالثةِ فلجهالةِ المبيع.

وأمّا في الصورةِ الرَّابعةِ فلجهالة الثمن.

فإن قيل: لو كان عدمُ التَّفصيلِ مفسدٌ للعقدِ في الآخرِ لفسدَ في القنّ إذا جمع بينه وبينَ المدبَّر أو أمِّ الولد، ولم يفصّل الثمن.

أجيبَ: بأنَّ عدمَ التَّفصيلِ مفسدٌ إذا أدّى إلى البيعِ بالحصّةِ ابتداءً فيما إذا منعَ عن انعقادِ العقدِ في حقِّ الحكمِ مانعٌ كشرطِ الخيار، فإنّه يجعلُ العقدَ فيما شرطَ فيه الخيارِ في حقّ الحكم كالمعدوم، فلو انعقدَ في حقِّ الآخرِ انعقدَ بالحصَّةِ ابتداءً، وهي مجهولة.

وليس فيما إذا جمعَ بين القنِّ والمدبَّرِ ما يمنعُ عن انعقادِه في حقّ الحكم؛ ولهذا لو قضى القاضي بجوازِهِ نفذَ وكان قسمةُ الثَّمنِ في البقاءِ صيانةً لحقٍّ محترمٍ عند فسخِ العقدِ على المدبَّرِ وأمِّ الولد، لا ابتداءً بالحصَّة. كما في «المنح»[1]، و«العناية»[2].

وإنّما قال: عبدين؛ لأنّه لو باعَ عبداً واحداً أو كيليّاً أو وزنيّاً على أنّه بالخيارِ في نصفِه صار فضلُ الثّمن له؛ لأنَّ النّصف من الشيء لا يتفاوت، فقيمتُهُ أيضاً لا تتفاوت، فإذا كان ثمنُ الكلِّ معلوماً كان ثمنُ النّصفِ أيضاً معلوماً، فالبيعُ معلوم؛ إذ الشّيوعُ لا يمنعُ الجواز، ولا فرقَ بين أن يكونَ الخيارُ للبائع أو للمشتري. كذا في «الكافي».

---

(١) «منح الغفار»(ق٢: ١٣/أ).

(٢) «العناية»(٥: ٥١٩ - ٥٢٠).

وشراءُ أحدِ الثَّوبين، أو أحدِ ثلاثةٍ على أن يُعَيِّنَ أيّاً شاء في ثلاثةِ أيّام

بَقِيَ أَنَّ في صورةِ الجواز، وإن لم يوجدِ الجهالةُ لكنَّ قبول ما ليس[١] بمبيعٍ جُعِلَ شرطاً لقبولِ ما هو مبيعٌ، فينبغي أَنْ يَفْسُدَ بالشَّرطِ الفاسدِ عنده.

والجوابُ[٢]: إنَّ المبيعَ بشرطِ الخِيارِ داخِلٌ في الإيجابِ لا في الحُكْم، فلا يَصْدُقُ عليه أنّه ما ليس بمبيعٍ من كلِّ وجهٍ بل هو مبيعٌ من وجهٍ، فاعتبرنا الوجهين، ففي صورةِ الجهالةِ اعتبرنا ما ليسَ بمبيعٍ حتى يَفْسُدَ العقد، وفي صورةِ أن يكونَ كلُّ واحدٍ منهما معلوماً اعتبرنا أَنَّهُ مبيعٌ حتى لا يفسدَ العقد[٣].

(وشراءُ[٤] أحدِ الثَّوبين[٥]، أو أحدِ ثلاثةٍ على أن يُعَيِّنَ أيّاً شاء في ثلاثةِ أيّام[٦]

[١]قوله: **قبول ما ليس**...الخ؛ فإنَّ العبدَ الذي فيه الخيارُ غيرُ داخلٍ حكماً، كما إذا جمعَ بين حرٍّ وقنٍّ، فإنّه لا يجوزُ العقدُ في القنّ وإن فَصَّلَ الثّمنَ لِمَا أنّه جعلَ قبولَ العقدِ في الحرِّ شرطاً لصحةِ العقدِ في القنِّ فكذا هذا.

[٢]قوله: **والجواب**؛ حاصلُهُ: أنّ البيعَ بشرطِ الخيارِ مبيعٌ من وجه وغيرُ مبيعٍ من وجه، ففي صورةِ كونِ كلٍّ من الثَّمنِ والمحلِّ معلوماً جعلَ مبيعاً، وفي صورةِ الجهالةِ غيرُ مبيع، وتقريره مرّ آنفاً.

[٣]قوله: **لا يفسدُ العقد**؛ لقائلٍ أن يقول: هو شرطٌ لا يقتضيه العقدُ فكان مفسداً. والجوابُ: أنّه ليس فيه نفعٌ لأحدِ العاقدين ولا للمعقودِ عليه فلا يكون فاسداً. كذا في «العناية»(١).

[٤]قوله: **وشراء أحد**... الخ؛ حاصلُهُ: أنَّ مَن اشترى أحدَ الثّوبين، أو العبدين، أو أحد ثلاثةٍ من الأثواب، أو العبيدِ على أن يعيِّنَ في ثلاثةِ أيّامٍ أيّاً شاء ورضي البائعُ بهذا الخيار صحَّ هذا البيع، وإن لم يشترطْ تعيينه؛ أو شرطَ لكن في أحد أربعةِ أثوابٍ أو عبيدٍ لم يصحّ البيع.

[٥]قوله: **أحد الثّوبين، أو أحد ثلاثة**؛ هذا أولى ممّا في بعض المتون: مَن يشتري ثوبين؛ لأن البيعَ في الحقيقةِ أحدهما والآخرُ أمانة.

[٦]قوله: **في ثلاثةِ أيّام**، قال في «الهداية»: «إذا لم يذكر خيارِ الشّرط لا بدّ من توقيتِ خيارِ التَّعيينِ بالثلاث عنده، وبمدّة معلومةٍ أيتها كانت عندهما». انتهى(٢).

---

(١) «العناية»(٥: ٥٢٠).

(٢) من «الهداية»(٣: ٣١).

صحَّ ، لا إن لم يشترطْ تعيينُه، ولا في أحدٍ أربعة

صحَّ[١] ، لا إن لم يشترطْ تعيينُه، ولا في أحدٍ أربعة) : لأنّ[٢] القياسَ عدم الجواز، لكن استحسنًا في الثَّلاثةِ لمكانِ الحاجة ؛ لأنّ الثَّلاثةَ مشتملةٌ على الجيدِ والرَّديء والمتوسط، وفي الزَّائد على الثَّلاثة أبقينا الحكم على الأصل، وهو عدمُ الجواز.

[١]قوله: صحّ ؛ أي الشِّراءُ أو خيارُ التَّعيينِ للمشتري، أمّا لو شرطَ خيارَ التَّعيين للبائعِ فقد اختلفَ المشايخُ فيه: فذكرَ الكرخيُّ ﷺ في «مختصره»: إنّه يجوزُ استحساناً، وذكرَ في «المجرد»: إنّه لا يجوز ؛ لأنّه جُوّزَ للمشتري للحاجةِ مخالفاً للقياس، ولا حاجةَ إليه للبائع. كذا ذكره العَيْنِيُّ في «شرح الكَنْز»[١].

[٢]قوله: لأنّ... الخ ؛ حاصلُهُ: أنّ القياسَ يقتضي عدمَ جوازِ هذا البيعِ لجهالةِ المبيع ؛ لأنَّ المبيعَ أحدُ الأثوابِ وهو غيرُ معيّن، فصار مجهولاً، وجهالتُهُ تفضي إلى المنازعة ؛ لتفاوتِ الأثوابِ في أنفسِها، وكلٌّ ما هو كذلك مفسدٌ للبيع.

لكنّا أثبتنا الجوازَ بالاستحسان، وهو أنّ الخيارَ إنّما شُرِعَ للحاجةِ إلى دفعِ الغبن ؛ ليختار ما هو الأرفقُ والأوفق، والحاجةُ إلى هذا النَّوعِ من البيعِ متحقّقة ؛ لأنّه يحتاجُ إلى اختيارِ مَن يثقُ برأيه، أو اختيارُ مَن يشتريه لأجلِه من الزَّوجةِ والبنتِ وغيرهما، ولا يمكِّنُه البائعُ من الحملِ إلاَّ بالشراء ؛ كي لا يبقي أمانةً، فكان معنى خيار الشّرط.

وهذه الجهالةُ لا تفضي إلى المنازعة ؛ لتعيينِ مَن له الخيار، فلا يمنعُ الجواز، غيرَ أنّ هذه الحاجة تندفعُ بالثّلاثة ؛ لوجودِ الجيّد والرديء والمتوسّط، ولا حاجةَ إلى الأربعة ؛ لأنّه زائدٌ غير محتاجٍ إليه، فانتفى جزءُ العلّة، فإنّ علّة الرخصة أمران: الحاجة، وكون الجهالةِ مفضيةً إلى النّزاع، فلا يثبتُ الرّخصةُ بأحدهما، فإنَّ الحكمَ لا يثبتُ إلاَّ أن يتمّ علّته.

ثمّ قيل: يشترطُ أن يكون في هذا العقدِ خيارُ الشّرطِ مع خيارِ التّعيين، وهو المذكورُ في «الجامع الصغير»[٢]، قال شمسُ الأئمّة ﷺ : هو الصحيح، وقيل: لا

---

(١) «رمز الحقائق»(٢ : ١٢).

(٢) «الجامع الصغير»(ص٣٤٤ - ٣٤٥).

وأخذُهُ بالشُّفعةِ داراً بيعت بجنب ما شُرِطَ فيه الخِيارُ رِضاً

(وأخذُهُ بالشُّفعةِ داراً بيعت بجنب ما شُرِطَ فيه الخِيارُ رِضاً[١]): أي اشترى داراً على أنَّه بالخِيار، فبيعتْ دارٌ بجنبِ تلكَ الدَّار، فأخذها المشتري بالشُّفعة، فهذا الأخذُ دليلُ رضاهُ بشراءِ تلك الدَّار؛ لأنَّ[٢] الأخذَ بالشُّفعةِ يقتضي إجازةً في شراءِ المشفوع به

يشترط، وهو المذكورُ في «الجامع الكبير»، قال فخر الإسلام ﷺ: هو الصَّحيح، فعلى قولِ هذا القائلِ إذا لم يشترط خيار الشَّرطِ يلزمُ العقد بأحدهما حتى لا يردَّ إلا أحدهما.

وعلى قولِ الكرخيِّ ﷺ: له أن يردّهما؛ لأنَّ هذا الخيارَ عنده بمنزلةِ خيارِ الشَّرط، وإن شرطَ خيارَ الشرط مع خيارِ التَّعيينِ جاز، فإن ردَّهما بخيارِ الشَّرطِ في المدَّة، أو ردّ أحدُهما بخيارِ التَّعيينِ كان له ذلك، وإذا مضت المدَّةُ بطلَ خيارُ الشَّرطِ فلا يمكنُ ردّهما جميعاً، ويبقى له خيارُ التَّعيين، فيرد أحدهما، وإن شئتَ زيادةَ التفصيلِ فارجع إلى «رمز الحقائق»[١]، و«منح الغفّار»[٢]، والله أعلمُ بحقيقةِ الأسرار.

[١]قوله: رضاً؛ يسقط به الخيارُ إجماعاً، بخلافِ خيارِ الرؤية، حيث لا يسقطُ بأخذِ الشّفعة، فإنّه لا يسقط بالصّراحة، فكذا بالدّلالة. كذا ذكره الزَّيْلَعِيُّ في «شرح الكنز»[٣].

[٢]قوله: لأنّ...الخ؛ حاصلُهُ: أنّ الأخذَ بالشّفعةِ إنّما يحصلُ بعد طلبِها، وطلبُها دليلٌ على أن يختارَ المشتري ملكَه في الدّار المشتراةِ بالخيار؛ لأنّه لم يطلبْها إلاَّ لدفعِ ضررِ الجوار، والجوارُ لا يثبتُ إلاَّ باستدامةِ الملكِ في الدَّارِ المشتراةِ بالخيار، واستدامةُ الملكِ يقتضي الملك، ولا ملكَ مع الخيار.

فيتضمّن ذلك الطلبُ سقوطَ الخيارِ سابقاً عليه، فيثبتُ الملكُ من وقتِ شراءِ الدَّار، فظهرَ أنّ الجوارَ كان ثابتاً عند بيعِ الدَّارِ الثانية، وهو يوجبُ الشّفعة، وهذا بناءَ على مذهب الإمام.

وأمّا عندهما: فالمبيعُ يدخلُ في ملكِهِ فيجوزُ أن يأخذَ بالشفعة، ويسقط بذلك خياره؛ لأنّ الشفعةَ لدفعِ ضررِ الجارِ الدخيل، والإنسانُ لا يدفعُ ضررَ الجارِ في دارٍ يريدُ ردّها

---

(١) «رمز الحقائق»(٢: ١٢).

(٢) «منح الغفار»(ق٢: ١٣/أ).

(٣) «رمز الحقائق»(٤: ١٩).

وخيارُ شرطِ المُشْتَرِيَيْن يَسْقُطُ برضا أحدِهِما، وكذا خِيارُ العيبِ والرُّؤْيَةِ

(وخيارُ[١] شرطِ المُشْتَرِيَيْنِ يَسْقُطُ برضا أحدِهِما[٢]، وكذا خِيارُ العيبِ والرُّؤْيَةِ): لأنَّه إن ردَّه[٣] الآخرُ يكونُ معيباً بعيبِ الشَّرِكةِ، وعندهُما للآخرِ ولايةُ الرَّدِّ؛ لأنَّ الخِيارَ[٤] ثابتٌ لكلٍّ واحد

[١]قوله: وخيار... الخ؛ حاصله: أنّه إذا اشترى رجلان شيئاً على أنّهما بالخيار، فرضي أحدُهما بالبيع بأن أسقط خياره، ليس للآخر قدرةُ الردِّ عند الإمام خلافاً لهما، فأنّهما قالا: له أن يردّه، وهو قولُ الأئمّةِ الثلاثة.

وعلى هذا خيارُ العيب؛ بأنه إذا اشترى رجلان شيئاً على خيارِ العيبِ فرضي أحدُهما بعيبٍ فيه للآخر، وكذا خيار الرؤية، بأنه لو اشتريا شيئاً لم يرياه ثمّ رأى أحدهما ورضيَ لا الآخر.

[٢]قوله: برضا أحدهما؛ قال شيخنا العلامة الطَّحطاوي في «حاشيته على الدُّرّ المختار»: «ذكر الرضاء اتفاقيّ؛ إذ لو ردّ أحدهما لا يجيزه الآخر، ولم أره صريحاً، لكن قولهم: لو ردّه لردّ معيباً يدل عليه». انتهى(١).

[٣]قوله: لأنّه إن ردّه...الخ؛ حاصلُهُ: أنّ المبيعَ لّما خرجَ عن ملكِ البائع لم يكن معيباً بعيب الشركة، فلو ردّه أحدُهما لا الآخر ردّه معيباً بعيب الشركة؛ لأنَّ الشركة في الأعيانِ المجتمعة عيب؛ لأن البائعَ بتقدير الردّ لا يتمكّن بالانتفاع به إلاَّ بطريق التهايؤ، وكان قبل البيع متمكّناً من الانتفاع متى شاء، وهذا إلزامُ ضررٍ زائد.

فإن قيل: البائعُ قد رضي بردّ أحدُهما؛ لأنّه خيّرهما، فإلزام الضّرر برضاه لا بغيره، ولا مضائقة فيه.

قلنا: ليس من لوازم إثبات الخيارِ لهما الرّضاء بردّ أحدِهما، فإن البائعَ لعلّه تصوّر اجتماعهما على الردّ فتحقّق الانفكاك، فكيف يلزمُ الرضاء بردّ أحدهما إثباتُ الخيار لهما. كذا في حواشي «الهداية»(٢).

[٤]قوله: لأنّ الخيار... الخ؛ حاصله: أنّ الخيارَ ثابتٌ لكلّ واحد منهما؛ لأنّه شُرِعَ دفعاً للغبن، وكلّ واحدٍ منهما محتاجٌ إلى دفعه عن نفسه، فكيف يسقطُ الخيار بإسقاط صاحبه؛ لأنّ فيه إبطال حقّه.

---

(١) من «حاشية الطحطاوي على الدر المختار»(٣: ٣٧).
(٢) «الهداية» وشروحها (٥: ٥٢٧).

وعبدٌ مشتَرَى بشرطِ خبزِهِ أو كَتْبِه، ووُجِدَ بخلافِه، أُخِذَ بثَمَنِهِ أو تَرَكَهُ

(وعبدٌ مشتَرَى[١] بشرطِ خبزِهِ أو كَتْبِه، ووُجِدَ بخلافِه، أُخِذَ بثَمَنِهِ أو تَرَكَهُ)(١): لأنَّ الأوصافَ[٢] لا يقابلُها شيءٌ من الثَّمَن.

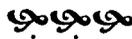
والجواب: إن ثبوتَ الخيار لكلِّ واحدٍ منهما منفرداً ممنوع، ألا ترى أنّه إن وكّل وليين، فيثبتُ الوكالة لهما لا لأحدهما منفرداً و ليس لأحدهما أن يتصرَّف بدون الآخر.

[١]قوله: وعبد مشترى؛ أي إن اشترى رجلٌ عبداً بشرط كونه خبّازاً أو كاتباً، فوجدَه المشتري بخلافِ ما شرطَه من الأوصاف، فالمشتري بالخيار إن شاءَ أخذه بثمنه المسمّى، وإن شاء تركَه إن كان ممكناً، وإن تعذّر الردُّ لسببٍ من الأسبابِ رجعَ المشتري على البائعِ بالنّقصانِ في ظاهر الرواية، وهو الأصحّ. كذا في «مجمع الأنهر»(٢).

[٢]قوله: لأنّ الأوصافَ...الخ؛ حاصله: أنّ كونَ العبدِ خبازاً أو كاتِباً وصفٌ مرغوبٌ فيه، والأوصافُ لا يقابلُها شيء من الثمن، فيستحقّ في العقدِ بالشّرط، ويثبتُ لفواتِهِ الخيار؛ لأنّه لم يرضَى بالعبدِ دونه.

بخلافِ ما لو باعَ شاةً على أنها حامل أو تحلب كذا وكذا رطلاً حيث يفسدُ البيع؛ لأنّه ليس من قبيلِ الوصف، وإنّما هو من قبيل الشّرطِ الفاسد إذ لا يعرفُ حقيقة؛ لأنّه يحتملُ أنه لبنٌ أو حملٌ او انتفاخ، حتى لو شرطَ أنّه حلوبٌ أو لبونٌ لا يفسد؛ لأنّه وصف، ولو قال: يخبزُ كذا وكذا صاعاً، ويكتبُ كذا قدراً يفسدُ البيع.

ويشترطُ أن يقدرَ على الكتابةِ والخبزِ قدرَ ما يطلقُ عليه اسمُ الكاتبِ والخبّاز، وإن كان لا يحسنُ هذا المقدار فله الخيار، ولو قال البائع عند الردّ، كان يحسنُ ذلك، لكنّه نسي ذلك عندك، فالقولُ قولُ المشتري. كذا ذكره العَيْنِيُّ في «شرح الكنز»(٣).

---

(١) وذلك إذا أمكن؛ لأنه إن تعذر الردُّ بسبب من الأسباب رجع المشتري على البائع بالنقصان في ظاهر الرواية، وهو الأصح. ينظر: «مجمع الأنهر»(٢: ٣٤).

(٢) «مجمع الأنهر»(٢: ٣٤).

(٣) «رمز الحقائق»(٢: ١٢ - ١٣).

فصل في خيار الرؤية

صَحَّ شراءُ

فصل في خيار الرؤية[1]

(صَحَّ شراءُ[2]

[1]قوله: فصل في خيار الرؤية؛ قدّمه على خيار العيب؛ لأنّ تأثيرَ خيارِ الرؤية في منعِ تمامِ البيع، فكان أقوى من خيارِ العيب؛ لكونه مؤثِّراً في منعِ لزومِ الحكم.

[2]قوله: صحّ شراء...الخ؛ لقوله ﷺ: «مَن اشترى شيئاً لم يره فله الخيارُ إذا رآه»(1)، رويَ مسنداً ومرسلاً:

فالمسندُ ما أخرجَهُ الدَّارَقُطْنِيُّ في «سننه»(2) مسنداً عن داهر بن نوح عن عمرو بن إبراهيم بن خالد الكردي، وعن وهب اليشكري عن محمد بن سيرين عن أبي هريرة ﷺ، وقال عمر الكردي، وأخبرني فضيلُ بن عياض عن هشامٍ عن ابن سيرين عن أبي هريرة ﷺ مثلَه، وقال عمر أيضاً، وأخبرني القاسم بن الحكم عن أبي حنيفة عن الهيثم عن محمد بن سيرين عن أبي هريرة ﷺ عن النبي ﷺ مثلَه. كذا في «نصب الراية»(3).

فإن قلت: قال الدَّارَقُطْنِيُّ: عمرُ بن إبراهيم هذا يقال له الكردي يضع الأحاديث.

قلنا: رواه النعمانُ بن بشير عن النبي ﷺ، واحتجَّ به الطَّحَاوي(4)، ورواه محمد في كتاب المُزارعة عن مجاهد، وطريق الطعن فيه من حيث الإرسال، والمرسل حجَّةٌ عندنا كما صرَّحَ به العلاَّمةُ العَيْنِيّ(5).

وأمّا المرسلُ فرواهُ ابن أبي شيبة في «مصنّفه»(6)، والدَّارَقُطْنِيّ(7) ثمّ البَيْهَقِيّ(8)

---

(1) في «سنن البيهقي الكبير»(5: 268)، و«سنن الدارقطني»(3: 4)، و«مصنف ابن أبي شيبة»(4: 268)، و«شرح معاني الآثار»(4: 360)، وينظر: «نصب الراية»(4: 443).

(2) «سنن الدارقطني»(3: 4).

(3) «نصب الراية»(4: 443).

(4) في «شرح معاني الآثار»(4: 360).

(5) في «البناية»(6: 302).

(6) «مصنف ابن أبي شيبة»(4: 268).

(7) في «سننه»(3: 4).

(8) في «سننه الكبير»(5: 268).

ما لم يرَهُ

ما لم يرَهُ[1]): خلافاً[2] للشَّافِعِيّ[1] رضي الله عنه

وهو في سننهما: حدّثنا اسماعيلُ بن عيّاش عن أبي بكر بن عبد الله بن أبي مريم عن مكحولٍ رفعَه إلى النّبيّ ﷺ، وقال: «مَن اشترى... إلى آخره، وزاد: إن شاءَ أخذه وإن شاء تركه».

قال الدارقطنيّ[2]: هذا مرسل، وأبو بكر بن أبي مريم ضعيف. كذا ذكرَهُ العلاّمة الزَّيْلَعِيّ[3].

ولما رويَ «أنّ عثمانَ رضي الله عنه باعَ أرضاً له بالبصرةِ من طلحةَ بن عبيد الله رضي الله عنه، فقيل لطلحة رضي الله عنه: إنّك قد غبنت، فقال: لي الخيار؛ لأنّي اشتريتُ ما لم أره، وقيل لعثمان رضي الله عنه: إنّك قد غبنت، فقال: لي الخيار؛ لأنّي بعتُ ما لم أره، فَحَكَّما جبيرَ بن مطعم رضي الله عنه، فقضى بالخيار لطلحة رضي الله عنه، وكان ذلك بمحضرٍ من الصحابة رضي الله عنهم»[4]. كذا في «المنح»[5].

ولأنَّ الجهالةَ لعدمِ الرؤيةِ لا تفضي إلى المنازعة؛ لأنّه لو لم يوافقه بعد الرؤية يردّه على البائع، فصارَ لجهالةِ الوصفِ في المعاينِ المشارِ إليه، وصورتُهُ: اشترى ثوباً مشاراً إليه، غيرُ معلومٍ عددُ ذرعاته، فإنّه يجوزُ لكونِهِ معلومَ العين، وإن كان ثمّة جهالة؛ لأنّها لا تفضي إلى المنازعة.

[1]قوله: **شراء ما لم يره**؛ صورته: أن يقول البائعُ للمشتري: بعتك الثوب الذي في كمي هذا، وصفته كذا وكذا، أو الدرّة التي في حقيبتي هذه وصفتها كذا وكذا، وعلى هذا القياس.

[2]قوله: **خلافاً للشافعيّ** رضي الله عنه[6]؛ فإنّه لا يصحّ العقدُ عنده أصلاً؛ لأنّ المبيعَ

---

(1) ينظر: «أسنى المطالب»(2: 18)، و«الغرر البهية»(2: 411)، و«المحلي»(2: 205).

(2) في «سننه»(3: 4).

(3) في «نصب الراية»(4: 9).

(4) في «شرح معاني الآثار»(4: 360)، وقال الطحاوي: «والآثار في ذلك قد جاءت متواترة، وإن كان أكثرها منقطعا، فإنه منقطع، لم يضاده متصل». قال ملك العلماء الكاساني في «بدائع الصنائع»(5: 292): «وكان ذلك بمحضر من الصحابة رضي الله عنهم ولم ينكر عليه أحد منهم فكان إجماعاً منهم على ذلك».

(5) «منح الغفار»(ق2: 13/ب).

(6) ينظر: «أسنى المطالب»(2: 18)، و«الغرر البهية»(2: 411)، و«المحلي»(2: 205)، وغيره.

ولِمُشْتَرِيهِ الخِيارُ عندها إلى أن يُوجَدَ مُبْطِلُه وإن رَضِيَ قبلَها

(**ولِمُشْتَرِيهِ الخِيارُ**[1]**عندها**[2]) : أي عند الرُّؤية ، (**إلى أن**[3] **يُوجَدَ مُبْطِلُه وإن رَضِيَ**[4] **قبلَها**)

مجهول ، وبيعُ المجهولِ فاسد ، وفي «كمال الدراية»(١) نقلاً عن «الإيضاح» : «لا خلافَ في أنّ غير المرئي مجهولُ الوصف ، لكنَّ جهالةَ الوصفِ عند الشافعيّ ﷺ تؤثّرُ في صلبِ العقد ؛ لأنّ الوصفَ مقصود ، وعندنا : لا يؤثّر فيه ، بل في صفته ، وهي اللّزوم ؛ لأنَّ المعقودَ عليه الذّات ، باعتبارِ الماليّة وهي موجودةٌ في غيرِ المرئيّ». انتهى.

[١]قوله : ولمشتريه الخيار ؛ فيه إشارةٌ إلى أنّ الخيارَ لا يمنعُ ثبوتَ الملكِ في البدلين ، بل يمنعُ لزومه ، قال القُهُسْتَانِيُّ(٢) ناقلاً عن «المحيط» : «لو باعَ ديناً بدينٍ فلا خيارَ لهما ، ولو باعَ عيناً بعينٍ كان لهما الخيار».

[٢]قوله : عندها ؛ فيه أنّه يوهم أنّه لا يجوزُ له الفسخَ قبل الرؤية ، وليس كذلك ، بل له فسخُ العقدِ قبل الرؤية ، كما صرَّح به في «فتاوى قاضي خان»(٣).

وقال في «البحر» نقلاً عن «المحيط» : «قيل : لا يملكُ فسخَهُ قبلها ، وقيل : يملكه ، وهو الأصح ؛ لأنّ الفسخَ كما يُملَكُ بالخيارِ يُملَكُ بسببِ عدمِ لزومِ البيع كالعاريّة والوديعة والوكالة والشركة ، وعدمُ اللّزومِ ثابت ؛ لسببِ جهالةِ المبيع». انتهى(٤).

والجواب أنَّ هذا الفسخَ للخللِ في الرّضاء لا للخيار ، فلا إشكال.

[٣]قوله : إلى أنّ... الخ ؛ في «البحر» : «اختلفوا هل هو مطلق أو مؤقّت ، فقيل : مؤقّت بوقتِ إمكانِ الفسخِ بعدها ، حتى لو تمكَّن منه ، ولم يفسخ سقطَ خياره ، وإن لم توجد الإجازةُ صريحاً ولا دلالة ، وقيل : يثبتُ الخيارُ له مطلقاً ، فيكون له الفسخُ في بيعِ عمره ما لم يسقط بالقولِ أو بفعلٍ يدلُّ على الرّضا ، وهو الصحيح ؛ لإطلاقِ النَّص ، والعبرةُ لعينِ النّصّ لا لمعناه»(٥).

[٤]قوله : وإن رضي قبلها ؛ أي بالقول ؛ فإنّه لو أجازَهُ بالفعلِ بأن تصرَّفَ فيه كالإعتاقِ والتدبير وغيرهما زالَ خياره.

---

(١) «كمال الدراية»(ق٣٧٦ – ٣٧٧).
(٢) في «جامع الرموز»(٢ : ١٠).
(٣) «الفتاوى الخانية»(٢ : ٢٨٧).
(٤) من «البحر الرائق»(٦ : ٢٩).
(٥) انتهى من «البحر الرائق»(٦ : ٢٩).

لا لبائِعِه

أي إن رَضِيَ قبلَ الرُّؤيةِ يكونُ له حقُّ الفسخ[١] إذ رآه[٢]، لكن لو فسخَ قبلَ الرُّؤيةِ ينفذُ الفسخ؛ بحكمِ أنَّهُ[٣] عقدٌ غيرُ لازمٍ حتى لا يجوز إجازتُهُ عند الرُّؤية، (**لا لبائِعِه**): أي إذا باعَ شيئاً لم يَرَهُ لا يكونُ له[٤] الخِيارُ إذ رآه.

---

[١]قوله: **يكون له حقُّ الفسخ**؛ لأنَّ هذا الخيارَ تعلَّقَ ثبوتُهُ بالرّؤيا فكان عدماً قبلَها، فلا يصحُّ إسقاطُهُ قبلها.

فإن قيل: لو كان عدماً قبلَ الرؤية لَمَا كان له حقُّ الفسخِ قبلها.

أجيبَ: بأنَّ حقَّ الفسخِ قبلها ليس برضاء؛ لأنّ الرّضاءَ به لا يتحقّق إلاَّ برؤيتِهِ بحكمِ الخيار، بل لأنّه عقدٌ غيرُ لازم، حتى لو ردّه قبل الرؤية ليس له أن يرضى عندها.

واعلم أنّ الفسخَ بخيارِ الرؤية لا يحتاجُ إلى قضاءٍ ولا رضاء، لكنَّه لا يصحُّ إلاَّ بحضرةِ البائع عند أبي حنيفةَ ﷺ ومحمّد ﷺ، وقال أبو يوسف ﷺ: يصحُّ بغيرِ حضرتِهِ أيضاً، والرِّضاءُ يصحُّ بدون حضرتِه. كذا ذكره البِرْجَنْدِيُّ نقلاً عن «شرح الطحاوي».

[٢]قوله: **إذا رآه**؛ المرادُ بالرؤية: العلمُ بالمقصود، فهو من عمومِ المجاز؛ لوجودِ مسائل اتّفاقيّة لا يكتفى بالرؤية فيها؛ مثلاً إذا كان المبيعُ مّما يعرفُ بالشمّ كمسكٍ اشتراه وهو يراه، فإنّه إنّما يثبتُ الخيارُ له عند شمّه، فله الفسخُ عند شمّه لعدمِ رؤيته، وكذا لو رأى شيئاً ثمّ اشتراه فوجدَهُ متغيّراً؛ لأنّ هذه الرؤيةَ غير معرِّفة للمقصود الآن، وكذا شراءُ الأعمى يثبتُ له الخيارُ عند الوصفِ له، فأقيمَ فيه الوصفُ مقام الرؤية. كذا ذكره العلامة الحَمَويّ.

[٣]قوله: **بحكمِ أنّه**...الخ؛ لأنَّ صحَّةَ الفسخِ تعتمدُ لزومَ العقد، والعقدُ هاهنا قبل الرؤية غيرُ لازم، لكنَّ الخللَ في الرِّضاء؛ إذ هو عبارةٌ عن الاستحسان، واستحسانُ الشَّيءِ مع الجهلِ بأوصافِهِ لا يتحقَّق، واللُّزومُ يعتمدُ تمام الرّضاء، وتمامُهُ بالعلمِ بأوصافٍ هي مقصودة، وإنّما تصيرُ معلومةً بالرؤية؛ فلذا لا يعتبر قوله: رضيت قبل الرؤية. كذا في «الكفاية»[١].

[٤]قوله: **لا يكون له**...الخ؛ وكان أبو حنيفة ﷺ يقول أوّلاً: إنَّ الخيارَ للبائعِ أيضاً اعتباراً بخيارِ العيب والشرط، فإنَّ خيارَ العيبِ لا يختصُّ بالمشتري، بل إذا وجدَ البائعُ

---

(١) «الكفاية»(٥: ٥٣٢).

ويُبْطِلُهُ، وخيارُ الشَّرطِ تَعيُّبُهُ

(ويُبْطِلُهُ، وخيارُ الشَّرطِ تَعيُّبُه[1])(١)

الثمنَ زيفاً فهو بالخيارِ إن شاءَ جَوَّز، وإن شاءَ ردّ كالمشتري إذا وجدَ المبيعُ معيباً، لكن العقدَ لا ينفسخُ بردِّ الثّمن، وينفسخُ بردّ المثمن؛ لأنّه أصلٌ دون الثّمن، وخيارُ الشَّرطِ يصحُّ من الجانبين.

ووجهُ هذا القول: أنَّ العقدَ إنّما يلزمُ بتمامِ الرّضاء حتى لا يزول ملكُ البائع إلاَّ برضائه ولا يثبتُ الملكُ للمشتري إلاَّ برضائه، وتمامُ الرّضاء إنّما يتحقّقُ إذا عَلِمَ أوصاف المبيع، والعلمُ بأوصافِ المبيعِ يتعلَّقُ بالرؤية، فإنّ بالرؤية يحصلُ الاطّلاع على وقائعَ لا تحصلُ بالعبارة، فلم يكن البائعُ راضياً بزوالِ ملكِه، فالعقدُ غيرُ لازمٍ من جهة، فله الفسخ.

ثـمَّ رجعَ إلى أنّه لا خيار له؛ لأنَّ خيارَ الرؤيةَ معلَّقٌ بالشِّراء؛ لقولِهِ ﷺ: «مَن اشترى شيئاً فلم يره فله الخيارُ إذا رآه»(٢)، فلا يثبتُ دونه.

ولِمَا رَوَى الطحاويُّ(٣) والبَيْهَقِيُّ(٤) عن علقمة بن أبي وقاص ﷺ: «إنَّ طلحة اشترى من عثمان مالاً، فقال: لي الخيار لأني بعت ما لم أره، وقال طلحة: لي الخيار لأني اشتريتُ ما لم أره، فحكّما بينهما جُبير بن مطعّم فقضى أنّ الخيارَ لطلحة، ولا خيار لعثمان». كذا في «كمال الدراية»(٥).

والفرقُ أنَّ المشتري إنما يردُّ المبيعَ بحكمِ عدمِ الرؤية باعتبارِ فوات وصف مرغوبٍ فيه عنده، وهذا يوجبُ الخيار، والبائعُ إنّما يردّه باعتبارِ أنّ المبيعَ أزيدَ ممّا ظنّه، وهذا لا يوجب الخيار له، كما لو باعَ عبداً على أنّه معيب، فإذا هو سليم؛ فإنّه لا يثبتُ له الخيار بالإجماع.

[1]قوله: تعيُّبه؛ أي تعيّبِ المبيعِ دفعاً للضَّررِ عن البائع؛ لأنه خرجَ عن ملكه

---

(١) أي ويبطل خيار الرؤية وخيار الشرط تعيب المبيع بتعد أو غيره عند المشتري دفعاً للضرر عن البائع؛ لأنه خرج عن ملكه سليماً فلا يعود إليه معيباً. ينظر: «فتح باب العناية»(٢: ٣١٧).

(٢) سبق تخريجه.

(٣) في «شرح معاني الآثار»(٤: ١٠).

(٤) في «سننه الكبير»(٥: ٢٦٨).

(٥) «كمال الدراية»(ق٣٧٧).

وتصرُّفٌ لا يُفْسَخُ كالإعتاقِ والتَّدْبير، أو يُوجِبُ حقّاً لغيرِهِ كالبيعِ المطلقِ، والرَّهنُ والإجارةُ قبلَ الرُّؤيةِ أو بعدها، وما لا يُوجِبُ حقّاً لغيرِهِ كالبيعِ بالخِيارِ، والمساومةِ، والهبةِ بلا تسليمٍ يُبْطِلُ بعدَها لا قبلَها

وتصرُّفٌ لا يُفْسَخُ كالإعتاقِ والتَّدْبير، أو يُوجِبُ حقّاً لغيرِهِ كالبيعِ المطلقِ): أي بدونِ شرطِ الخِيار[١]، **(والرَّهنُ والإجارةُ قبلَ الرُّؤيةِ أو بعدها)**: أي هذه التَّصرُّفاتُ تبطِلُ[٢] خِيارَ الرُّؤيةِ سواءٌ كانت قبلَ الرُّؤيةِ أو بعدها.

(وما لا يُوجِبُ حقّاً لغيرِهِ كالبيعِ بالخِيارِ[٣]، والمساومةِ[٤](١)، والهبةِ بلا تسليمٍ يُبْطِلُ بعدَها لا قبلَها): لأنَّ[٥] هذه التَّصرُّفات لا تدلُّ على صريحِ الرِّضاء

سليماً، فلا يعودُ معيباً، والتعيُّبُ سواءً كان بفعله أو بفعل غيره، وسواءٌ تعيَّبَ بعض المبيع أو تمامه.

حتى لو اشترى عِدْلَ زطي فحدثَ بثوبٍ منه عيبٌ ليس له أن يردّه، سواءٌ كان التعيُّبُ حقيقةً أو حكماً، كما إذا حملَ البائعُ المبيعَ إلى منزلٍ يراه المشتري، ولم يره المشتري فليس له أن يردّه، إذ اختاره الفقيه أبو الليث ﷺ؛ لأنّه لو رُدَّ لاحتاجَ إلى الحمل، فيصيرُ بمنزلةِ عيبٍ حادثٍ عند المشتري. كذا ذكره البِرْجَنْدِيُّ نقلاً عن «الفصول العمادية».

[١]قوله: **بدونِ شرطِ الخيار**؛ أي خيارِ البائع، فإنّه لو باعَهُ على أنّ المشتري بالخيارِ يبطلُ الخيارُ كما صرَّحوا به.

[٢]قوله: **تبطلُ خيار الرؤية**؛ أمّا قبل الرؤية فلتعذُّرِ الفسخِ في هذهِ التّصرُّفاتِ لوقوعها صحيحة؛ لابتناء صحَّتها على قيامِ الملك، وقد وُجِدَ وبعد صحَّتها لا يمكنُ رفعُها، وأمّا بعد الرؤية؛ فلأنّها دلائلُ الرّضاء.

[٣]قوله: **بالخيار**؛ أي بخيارِ الشَّرطِ للبائع، فإنّه يبطلُ به خيارُ الرؤية، هذا هو المذكورُ في «الكافي»، وذكرَ في «الظهيريّة»: «إنّه إذا باعَ بخيارِ البائع لا يبطلُ خيارُ الرّؤيةِ إلاّ في روايةِ الحسن ﷺ، وبخيارِ المشتري يبطل». كذا في «شرح النّقاية» للعلامة البِرْجَنْدِيّ.

[٤]قوله: **والمساومة**؛ أي عرضُ المبيعِ ليُباع، وأمّا عرضُه ليقوَّمَ فلا يبطلُ خياره.

[٥]قوله: **لأنّ...الخ**؛ أي لأنّ هذه التَّصرُّفاتِ المذكورةِ لا تزيدُ على صريح

---

(١) المساومة: العرض على البيع. ينظر: «مجمع الأنهر»(٢: ٣٥).

والنَّظرُ إلى وجهِ الأمة، والصُّبرة، ووجهُ الدَّابَةِ وكَفَلِها، وظاهر ثوبٍ مطويٍ غير مُعَلَّمٍ، وإلى موضعِ علمَهُ مُعَلَّمَاً

وهو إنَّما يُبْطِلُهُ بعد الرُّؤيةِ، أمَّا التَّصرُّفاتُ الأُوَلُ فهي أقوى؛ لأَنَّ بعضها لا يقبلُ الفسخ، وبعضُها أوجب حقَّ الغيرِ فلا يبطل.

(**والنَّظرُ إلى وجهِ الأمة**[1]، **والصُّبرة، ووجهُ الدَّابَةِ**[2] **وكَفَلِها**(1)، **وظاهر ثوبٍ مطويٍ غير مُعَلَّمٍ**[3]، **وإلى موضعِ علمَهُ**(2) **مُعَلَّمَاً**[4]

الرِّضاء، وهو لا يبطلُ خيارَ الرؤية قبلها، إلاَّ أنّه إذا تعلَّق به حقُّ الغيرِ صارَ ذلك الحقّ مانعاً من الفسخ ولا حقّ بهما.

[1]قوله: **إلى وجه الأمة**؛ وكذا وجهُ العبد، صرَّح به في «الكافي»، وخصَّصَ الوجه؛ لأنَّ سائرَ الأعضاءِ في الرقيقِ تبعٌ لوجهه، فإنَّ القيمةَ فيه تتفاوتُ بتفاوته، والتَّساوي في سائرِ الأعضاء صرَّحَ به غيرُ واحدٍ من الفقهاء.

[2]قوله: **ووجه الدابّة وكَفَلها**؛ فلا يسقطُ برؤيةِ وجهها حتى ينظرَ إلى كَفَلِها؛ لأنّه موضعٌ مقصود منه كالوجه، هو الصَّحيح. كما في «المحيط»، واكتفى محمّد ﷺ بالنَّظرِ إلى وجهها اعتباراً بالآدميّ، وشَرَطَ بعضُهم رؤيةَ القوائم.

وعن الإمام ﷺ: في البِرْذَون والبَغل والحمار يكفي أن يرى شيئاً منه إلاَّ الحافرَ والذنبَ والناصية. كما في «البحر»(3)، والدابّةُ لغةً: كلُّ ما يمشي على الأرض، ثمّ خُصَّت في العرفِ بالفرسِ والبَغل والحمار.

[3]قوله: **غير مُعَلَّم**؛ لأنّ برؤية ظاهره يُعْلَمُ حالُ البقيَّة؛ إذ لا تتفاوت أطرافُ الثَّوبِ الواحدِ إلاَّ يسيراً.

[4]قوله: **مُعَلَّمَاً**؛ لأنَّ ماليَّته تتفاوتُ بحسبِ عَلَمه، أطلقَ في هذا، لكن في «المحيط»(4) مقيَّداً بما إذا كان مطوياً، هذا إذ لم يخالفْ باطنُ الثَّوبِ ظاهره، أمّا إذا اختلفا فلا بدَّ من رؤيةِ الباطن قبل هذا في عرفهم.

---

(1) الكَفَلُ: بالتحريك: العَجُزُ، وقيل: ردف العجز، وقيل: القطن يكون للإنسان والدابة، وإنها لعجزاء الكفل، والجمع أكفال، ولا يشتق منه فعل ولا صفة. «لسان»(٥: ٣٩٠٥).

(2) العَلَم: رسم في الثوب. ينظر: «المعجم الوسيط»(ص٦٢٤). وفي «المصباح»(ص٤٢٧): أَعْلَمْتُ الثَّوْبَ جَعَلْتُ له عَلَمًا من طِرازٍ وغيره.

(3) «البحر الرائق»(٦: ٣٢).

(4) «المحيط»(٦: ٢٣٤).

ونظرُ وَكِيلِهِ بالشَّراءِ أو بالقبضِ كافٍ لا نظرُ رسولِه

ونظرُ وَكِيلِهِ[1] بالشَّراءِ أو بالقبضِ كافٍ[2] لا نظرُ رسولِه): الوكيلُ بالقَبْضِ: هو الذي مَلَّكَهُ بالقَبْضِ بخلافِ الرَّسول، فإنَّهُ الذي أمرَهُ بأداءِ الرِّسالةِ بالتَّسليم، فالبائعُ إذا لم يُسَلِّمْ إليه لا يملكُ الخصومةَ بخلافِ الوَّكيل

وأمّا في عرفنا فما لم يرَ الباطنَ لا يسقطُ خيارُه؛ لأنّه ليس بمِثْلِي، فلا يُعْرَفُ كلُّه بدونِ نشرِه، ولا بُدَّ منه، وهو قول زفر ﷺ، وفي «المبسوط»[1]: الجواب على ما قال زفر ﷺ، وهو المختارُ كما في أكثرِ المعتبرات[2]. ذكره في «مجمع الأنهر»[3]، وغيره.

[1]قوله: وكيله...الخ؛ ينبغي أن يُعْلَمَ أنّ هاهنا وكيلاً بالشِّراء، ووكيلاً بالقبض، ورسولاً.

فصورةُ التَّوكيلِ بالشَّراءِ أن يقول الموكّل: كن وكيلاً عني بشراءِ كذا.

وصورةُ التَّوكيلِ بالقبضِ أن يقول: كن وكيلاً عنِّي بقبضِ ما اشتريتُه وما رأيتُه.

وصورةُ الرِّسالةِ أن يقول: كن رسولاً عنِّي بقبضِه.

فرؤيةُ الوكيلِ بالشِّراءِ تُسْقِطُ الخيارَ بالإجماع؛ لأنَّ حقوقَ العقدِ ترجعُ إليه.

ورؤية الوكيلِ بالقبضِ تسقطُ الخيارَ عند الإمامِ ﷺ إذا قبضَهُ بالنَّظرِ إليه، فحينئذٍ ليس له ولا للموكّل أن يردَّه إلاَّ بعيب، وأمّا إذا قبضه مستوراً، ثمّ رآه فأسقط الخيار فإنّه لا يسقط؛ لأنّه إذا قبض مستوراً انتهى التوكيلُ بالقبض الناقصِ فلا يملكُ إسقاطه قصداً لصيرورته أجنبيّاً، بل للموكّل الخيار.

وإن أرسلَ رسولاً لقبضِهِ فقبضه بعدما رآه، فللمشتري أن يردّه، وقالا: الوكيل بالقبض والرسول سواء في أن قبضهما بعد الرؤية لا يسقطُ خيار المشتري، كذا في «الدرر»[4]، وغيره.

[2]قوله: كافٍ؛ اعلم أنَّ الأصلَ في إسقاط خيار الرؤية أنَّ رؤيةَ جميع المبيع غير مشروط؛ لأنّه متعذّر:

---

(١) «المبسوط»(١٣: ٣٧).

(٢) قال ابن عابدين في «رد المحتار»(٤: ٦٧): «والمختار هو نشره كلُّه كما في أكثر المعتبرات، وعليه الفتوى؛ لاختلاف الزمان إذ كان هذا بناءً على عادتهم في الكوفة أو بغداد».

(٣) «مجمع الأنهر»(٢: ٣٥).

(٤) «درر الحكام»(٢: ١٥٨).

....

....

أمّا في العبد والأمة؛ فلأنَّ في رؤيةِ جميع بدنهما رؤية مواضع عورتهما، ففي العبد لا يجوزُ أصلاً، سواءٌ فسخ العقد أو لم يفسخ، وفي الأمةِ فإنّه لو فسخَ البيع بخيار الرؤية بعد رؤية عورتها، كأن نظره إلى عورتها وقعَ في غير ملكه؛ لأنَّ الفسخَ رفعَ العقد من الأصل، فصار كأنَّ العقد لم يوجد، فكأنَّ نظره وقع حراماً في أصله.

وفي الثوب المطويّ؛ فيتضرَّرُ البائع بانكسارِ ثوبه بالنشرِ والطيِّ على تقديرِ اشتراطِ رؤيةِ جميع أجزائه.

وأمّا في الصَّبرة؛ فلا يمكنُ اشتراطُ رؤيةِ كلِّ حبَّةٍ من حبَّاتِ الحنطةِ مثلاً، وهذا ملخّص ما في «الكفاية»[1]، وقد مرَّ الكلامُ في رؤية ثوبٍ مطويٍّ سابقاً، فتذكّر.

وإذا عرفت هذا فنقول: لَمّا تعذّر رؤيةُ جميعُ المبيعِ فلا محالَ أن يعتبرَ رؤية ما هو المقصود؛ لأنَّ بها يحصلُ العلمُ بالمبيع، ولا يشترطُ رؤيةُ غيرِ المقصود، ولا يكتفي بها وحدها، حتى لو رأى سائرَ أعضاء الرقيق دون ما هو المقصود كان باقياً على خياره.

فالنَّظرُ إلى وجهِ الأمةِ وكذا إلى وجهِ العبدِ كافٍ لما مرَّ من أنَّ المقصودَ في الرَّقيقِ وجهه.

والنَّظرُ إلى وجهِ الدَّابةِ وكَفَلها كافٍ؛ لأنّهما مقصودان فيها؛ ولهذا تتفاوتُ قيمتُها بتفاوتِهما.

والنَّظرُ إلى وجهِ الصُّبرةِ كافٍ؛ لأنّه يعرفُ وصفَ البقيّة؛ لأنّه مكيلٌ يُعْرَفُ بالنَّموذج.

وكذا النَّظرُ إلى ظاهرِ الثَّوبِ مِمّا يُعْلَمُ البقيّةُ إلاَّ إذا كان في طيِّه ما يكون مقصوداً، كمواضع العلم.

نعم؛ لا بدَّ من الحبسِ في الشَّاةِ التي تشترى في الذَّبحِ لأجلِ اللّحم؛ لأنَّ المقصودَ وهو اللَّحم يُعْرَفُ بالحبس، وفي الشَّاةِ التي تُحْبَسُ في البيتِ لأجلِ الشاح، لا بدَّ من رؤية الضَّرع، وفي المطعوماتِ لا بدَّ من الذَّوق، وعلى هذا في المشموماتِ لا بدَّ من الشمّ، وفي دفوفِ الغازي لا بدَّ من سماعِ صوتها، وقد مرَّ بحثُهُ في بيانِ المرادِ بالرؤية.

---

(١) «الكفاية»(٥: ٥٣٦ - ٥٣٧).

وشُرِطَ رؤيةُ داخلِ الدَّارِ اليوم

وعندهما نظرُ الوكيلِ بالقَبْضِ غيرُ كافٍ؛ لأنَّهُ[١] وَكَّلَهُ بالقَبْضِ لا بالنَّظر، ولأبي حنيفة رضي الله عنه[٢] أنَّ القَبْضَ الكاملَ بالنَّظرِ؛ لِيُعْلَمَ أنَّ هذا هو الذي أمرَ بقبضِه.

(وشُرِطَ رؤيةُ[٣] داخلِ الدَّارِ اليوم): إنّما قال اليوم؛ لأنَّ الرِّوايةَ أنَّهُ إذا رَأى حِيطانَ الدَّارِ أو أشجارَ البستانِ من خارجٍ كان كافياً؛ وذلك لأنَّ دورَهم وبساتينَهم لم تكنْ متفاوتةً، فرؤيةُ الخارجِ كانت مغنيةً عن رؤيةِ الدَّاخل، أمَّا الآن فالتَّفاوتُ فاحشٌ فلا بدَّ من رؤيةِ الدَّاخل

---

[١]قوله: لأنّه...الخ؛ حاصله: أنَّ الوكيلَ بالقبضِ وكَّله الموكِّلُ بالقبض، وإبطالُ خيارِ الرؤيةِ ليس بقبض، فلا يملكه؛ ولهذا لا يملك إبطاله قصداً بأنَّ قبضَه مستوراً ثمَّ نظرَ إليه.

[٢]قوله: ولأبي حنيفة رضي الله عنه... الخ؛ حاصلُهُ: أنَّ الموكِّل وكَّله بالقبض، وهو على نوعين: تامٌّ، وناقص.

والقبضُ التَّام: هو أن يقبضَه وهو يراه.

والقبضُ الناقص: هو أن يقبضَه مستوراً.

وللموكِّلِ أن يقبضَه بنوعيه، فكذا الوكيل، فإذا قبضَه وهو ينظرُ إليه بطلَ الخيار، بمقتضى تمامِ القبض، كما لو قبضَهُ الموكِّل كذلك، وإذا قبضَهُ مستوراً فقد اختارَ النّاقص، وانتهت الوكالةُ به وتعيّن ذلك للموكِّل، فلا يملكُ إسقاطه بعد ذلك؛ لكونه أجنبيّاً.

[٣]قوله: وشرط رؤية... الخ؛ قيل هذا قول زفر رضي الله عنه: وهو الصَّحيح وعليه الفتوى، واكتفى الثلاثةُ برؤية خارجها، وكذا برؤية صحنِها، والأصحُّ أنَّ هذا بناءً على عادتهم في الكوفةِ أو بغداد، فإنَّ دورهم لم تكن متفاوتةً إلاَّ في الكبرِ والصغر، وكونها جديدة أو لا، فأمّا في ديارنا فهي متفاوتة.

قال الشَّارحُ الزَّيْلَعِيُّ رضي الله عنه[١]؛ «لأنّ بيوتَ الشتويّة والصيفيّة والعلويّة والسفليّة مرافقُها ومطابخُها وسطوحُها مختلفة، فلا بدّ من رؤية ذلك كلّه في الأظهر». وفي «الفتح»[٢]: «وهذا هو المعتبر في ديارِ مصرَ والشَّام والعراق». كذا في «النهر».

---

(١) في «التبيين»(٤: ٢٧).

(٢) «فتح القدير»(٦: ٣٤٥).

وشُرِطَ رؤيةُ داخلِ الدَّارِ اليوم، وبيعُ الأعمى وشراؤُهُ صحَّ، وله الخيارُ مشترياً، ويسقطُ بجسِّهِ المبيع، وشمه، وذوقِه

(**وبيعُ الأعمى وشراؤُهُ صحَّ**[١]، **وله الخيارُ مشترياً**[٢]، **ويسقطُ بجسِّهِ المبيع**[٣]، **وشمِّه، وذوقِه**): أيْ بجسِّهِ فيما[٤] يدرك بالجسِّ، وبشمِّهِ فيما يدركُ بالشَّمِّ، وبالذَّوقِ فيما يدركُ بالذَّوق

واعلم أنَّ زفرَ ﷺ لَمّا قال باشتراطِ رؤيةِ داخلِ الدارِ فظنَّ بعضُهم أنَّ هذا اختلافَ عصرٍ وزمان، والحال أنّ أئمّتنا الثّلاثة اكتفوا برؤية خارجِ الدَّارِ ولم يشترطوا رؤية داخلها؛ لكونِ الدُّور في زمانِهم غير متفاوتة، وزفر ﷺ كان في زمانِهم، فقد خالفهم، فعُلِمَ أنّه قائلٌ باشتراطِ رؤية داخلها وإن لم يتفاوت فكان هذا الاختلافُ حجَّة وبرهان.

[١]قوله: **صحّ**؛ وقال الشّافعيّ ﷺ: لا يصحّ شراؤه؛ لأنّه لا يجوز شراءُ ما لم يره، وقيل: إن كان بصيراً فعمي فهو كالبصيرِ عند الشَّافِعِيّ ﷺ، وإن كان أكمه فلا يجوزُ بيعُهُ وشراؤه أصلاً؛ لأنّه لا يعرف ألوانُ الأشياءِ وصفتها. كذا في «الكفاية»(١).

وهذا القولُ محجوجٌ بمعاملةِ العميان من غير نكير، وبأنَّ مِن أصله أنّ مَن لا يملكُ الشِّراء لا يملكُ الأمرَ به، فإذا احتاجَ الأعمى إلى ما يأكل، ولا يتمكَّنُ من شراءِ المأكول، ولا التّوكيل به ماتَ جوعاً، وفيه من القبح ما لا يخفي. كذا في «العناية»(٢).

[٢]قوله: **وله الخيار مشترياً**؛ لأنَّ شراءَ ما لم يره جائز، وللمشتري الخيار، والأعمى كالبصير الذي يشتري ما لم يره، فيجوزُ شراؤه مع ثبوتِ الخيارِ له كالبصير.

[٣]قوله: **بجسّه**؛ وهذا إذا كان قبل الشِّراء، وأمّا إذا كان بعده فإن خيارَهُ لا يسقطُ باتّفاقِ الرِّواياتِ بل يمتدُّ إلى أن يوجدَ ما يدلُّ على الرِّضاءِ من قولٍ أو فعل على الصَّحيح. كذا في «كمال الدراية»(٣).

والجسّ: بسودن وبراسيدن. كذا في «الصراح»، وفي «المصباح»: «جسّه بيدِهِ جسًّا من بابِ قتل، واجتسّه ليتَعَرَّفَه، وجسّ الأخبار وتجسَّسَها: تَتَبَّعَها، ومنه الجاسوس؛ لأنّه يتتبّعُ الأخبارَ ويفحص عن بواطنِ الأمور، ثمّ استعيرَ لنظرَ العين». انتهى(٤).

[٤]قوله: **أي بجسّه فيما**... الخ؛ لأنّ هذه تُفيدُ العلمَ كالبصيرِ فتقومُ مقامَ الرؤية.

(١) «الكفاية»(٥: ٥٤١).
(٢) «العناية»(٥: ٥٤١).
(٣) «كمال الدراية»(ق٣٨١).
(٤) من «المصباح المنير»(ص١٠١).

وبوصفِ العقارِ، ومَن رأى أحدَ الثَّوبينِ ثمَّ شراهما، ثُمَّ رأى الآخرَ فلهُ ردُّهُما لا رَدُّ الآخرِ وحدَه

(وبوصفِ[1] العقارِ): ولا اعتبارَ لوقوفِهِ في مكانٍ لو كان بصيراً لرآهُ، كما هو[2] قولُ أبي يوسفَ ﷺ.

(ومَن رأى أحدَ الثَّوبين ثمَّ شراهما، ثُمَّ رأى الآخرَ، فلهُ ردُّهُما[3] لا رَدَّ الآخرِ وحدَه): لئلا يلزمَ[4] تفريقُ الصَّفقةِ قبلَ التَّمام.

[1]قوله: وبوصفِ العقار؛ فيما إذا كان المبيعُ عقاراً؛ وذلك بأن تبيَّنَ محلَّته وحدوده وغير ذلك ممّا يحتاجُ في معرفته؛ لأنّه لا سبيلَ إلى معرفته إلاَّ به، حتى يسقطَ خيارُهُ بعد ذلك.

[2]قوله: كما هو... الخ؛ فقد رُوِي عنه أنّه اشترطَ في وصفِ العقارِ أن يوقفَ الأعمى في مكانٍ لو كان بصيراً لرآه منه، ثمَّ يذكرُ له أوصافه؛ لأنَّ التَّشبيهَ يقامُ كمقامِ الحقيقة عند العجزِ عنها: كتحريكك الشَّفتينِ أقيمَ في حقِّ الأخرسِ مقامَ القراءةِ في الصَّلوات، وإجراءِ المُوسَى على رأسِ المحرمِ في الحجِّ أو العمرة أقيمَ للذي لا شعرَ له مقامَ الحلقِ عند التحلُّل.

وقال الحسنُ بن زياد ﷺ وهو روايةٌ عن أبي حنيفة ﷺ: يوكّل وكيلاً بقبضه له ويراه، وهو أشبهُ بقولِ أبي حنيفةَ ﷺ؛ لأنَّ رؤية الوكيلِ بالقبضِ كرؤيةِ الموكّل عنده، ولو وُصِفَ له ثمَّ أَبْصَرَ فلا خيارَ له؛ لتمامِ العقدِ وسقوطِ الخيارِ، ولو اشترى ما لم يره ثمَّ عَمِي ينتقلُ الخيارُ إلى الوصف؛ لأنَّ النَّقلَ من الرؤية إلى الوصفِ للعجز، وقد تحقّق، كذا في «كمال الدراية»[1].

[3]قوله: فله ردُّهما...الخ؛ أي له أن يردَّهما إن شاء؛ لأنَّ رؤيةَ أحدِهما لا تُغْنِي عن رؤيةِ الآخر؛ لأنَّ الثيابَ تكون متفاوتة، فبقي خيارُهُ فيما لم يره، وليس له أن يردَّه وحدَه، لما نهى رسولُ اللهِ ﷺ عن تفريقِ الصفقة[2]، وفي ردِّ أحدِهما دون الآخرِ تفريقُ الصفقة، فيردُّهما جميعاً ضرورة.

[4]قوله: لئلا يلزم... الخ؛ وتقريرُ اللّزوم: أنَّ الصفقةَ لا تتمُّ إلاَّ بتمامِ الرضاء،

---

(١) «كمال الدراية»(ق٣٨١).

(٢) في «صحيح البخاري»(٢: ٧٥٦)، و«صحيح مسلم»(٣: ١١٥٨)، وينظر: «تلخيص الحبير» (٣: ٢٢)

ومَن رأى شيئاً ثُـمَّ شراهُ خُيِّرَ إن وجَدَهُ مُتَغَيِّراً وإلاَّ لا ، والقولُ للبائعِ في عدمِ تَغَيُّرِهِ، وللمشتري في عدمِ رؤيتِه

(ومَن رأى شيئاً[1] ثُمَّ شراهُ خُيِّرَ إن وجَدَهُ مُتَغَيِّراً وإلاَّ[2] لا ، والقولُ للبائعِ في عدمِ تَغَيُّرِهِ، وللمشتري في عدمِ رؤيتِه)

والرضاءُ لا يتمُّ قبل الرؤية ، فالصفقةُ لا تتمُّ مع خيارِ الرؤية قبل القبض مطلقاً ، وبعده إذا قبضَه مستوراً ؛ وبهذا يمكنُ للمشتري من ردِّ المبيعِ بغير قضاءِ القاضي ولا رضاءِ البائع.

ويكون الردّ بصورةِ خيارِ الرؤيةِ فسخ من الابتداء ؛ لأنَّ الرّضاء لم يتحقّق بجهلِ صفاتِ المعقودِ عليه فلا حاجةَ إلى القضاءِ ولا إلى الرّضاء ، وإن اختلجَ في قلبك أنَّ النّهي عن تفريقِ الصفقةِ كما وردَ في الحديثِ كذلك ولايةُ ردِّ أحدِ الثوبين الذي لم يره ثابتٌ بالحديثِ الآخرِ وهو قوله ﷺ: «مَن اشترى شيئاً لم يره فله الخيارُ إذا رآه» لأنّ النّهي محرّم ، والمحرّم راجحٌ على المبيح.

[1]قوله: ومن رأى شيئاً ؛ أي قاصداً لشرائه عند رؤيته عالماً بأنه مرئيّه وقتَ الشّراء ، ثم شراه بعد مُدَّةٍ خُيِّرَ إن وجدَه متغيّراً عن الصفة التي رآه عليها قبل ذلك ؛ لأنَّ العقدَ وقع على مجهولِ الوصف ؛ لأنَّ تلك الرؤيةِ لم تقع معلمة بأوصافِه فكأنّه لم يره.

وإنّما قيّدنا قاصداً لشرائه عند رؤيته ؛ لأنّه لو رآه لا لقصدِ الشراءِ ثمَّ اشتراهُ فله الخيار ؛ لأنّه إذا رأى لا لقصد الشراءِ لا يتأمّل كلَّ التأمّل فلم يقع معرفته. كذا في «البحر»(١).

وإنّما قيّدنا: عالماً بأنّه مرئيّة وقتَ الشّراء ؛ لأنّه لو لم يعلم عند العقدِ أنّه رآه من قبل ، فحينئذٍ ثبتَ له الخيارُ بعدمِ الرّضاء. كذا في «الرمز»(٢).

[2]قوله: وإلاَّ ؛ وإن لم يتغيّر ذلك الشيء عن الصّفقة التي رآهُ عليها لا ؛ أي لا يُخَيَّر ؛ لأنَّ العلمَ بالمبيعِ قد حصلَ بالرؤية السابقةِ وقد رَضِي به ما دامَ على تلك الصفة.

---

(١) «البحر الرائق»(٦ : ٣٦).

(٢) «رمز الحقائق»(٢ : ١٤).

ومَن شرى عِدْلَ زُطِّيٍّ وقَبَضَهُ فباعَ منه ثوباً

أي إذا اشترى شيئاً قد رآه، فقال البائع: إنَّهُ لم يتغيَّرْ حتى لا يكونَ[١] لك الخِيارُ، فالقولُ للبائعِ[٢] مع حلفِه، ولو قال المشتري لم أره، وَلِي الخِيارُ، فالقولُ للمشتري[٣] مع الحلف.

(ومَن شرى عِدْلَ زُطِّيٍّ وقَبَضَهُ[٤] فباعَ منه ثوباً

[١]قوله: **حتى لا يكون... الخ**؛ يعني إن التغيّر لم يقعْ في المبيع، ويثبتُ الخيارُ لك إذا تغيّر فلا يكونُ لك الخيار.

[٢]قوله: **فالقول**؛ لأنَّ التغيُّرَ عارضٌ وحادث، فإنّه إنّما يكونُ بعيب، وكلٌّ منهما عارض، والمشتري يدَّعيه، والبائعُ يُنْكِرُه ويتمسَّكُ بالأصل؛ فإنَّ سببَ لزومِ العقدِ وهو رؤية جزءٍ من المعقودِ عليهِ أو الرؤيةِ السّابقة، أو البيع البات الخالي عن الشّروطِ المفسدةِ على اختلافِ الأقوالِ ظاهر، والأصلُ لزومُ العقد، والقولُ قولُ المنكرِ مع يمينه، وهذا إذا كانت المدّة قريبة.

أمّا إذا كانت بعيدةً فالقولُ للمشتري؛ لأنَّ الظَّاهرَ شاهدٌ له، ألا ترى أنَّ الجاريةَ الشَّابةَ لا تبقى شابّة بعد عشرينَ سنة، وفي «الذخيرة»: إنَّه لا يُصَدَّق المشتري في دعوى التغيير إلاّ بحجَّة إلاّ إذا طالَت المدّة.

وقال الإمامُ السَّرَخْسِيُّ ﷺ: إذا رأى ثمّ اشترى بعد زمانٍ يتغيَّرُ فيه ذلك الشيء غالباً، كان القول للمشتري، قال قاضي خان: عليه الفتوى. كذا ذكره العلاّمة البِرْجَنْدِيّ في «شرح النُّقاية».

[٣]قوله: **فالقولُ للمشتري مع حلف**؛ لأنَّ البائعَ يدّعي أمراً حادثاً، وهو العلمُ بالصفة، والمشتري ينكرُه، فالقولُ له، وقال في «البحر»(١): لو أرادَ المشتري أن يردّه فأنكرَ البائعُ كونَ المردّ معيباً، فالقول للمشتري، وكذلك في خيارِ الشَّرط؛ لأنّه انفسخَ العقدُ بردّه، وبقي ملك البائع في يده، فيكون القولُ قولَ القابضِ في تعيين ملكه أَميناً كان أو ضَميناً كالمودع والغاصب، ولو اختلفا في الردِّ بالعيب فالقولُ للبائع.

[٤]قوله: **وقبضه**؛ إنّما قيَّد القبض؛ لأنَّ ذلك العِدْلَ لو لم يكن مقبوضاً لم يصحَّ تصرُّفُ المشتري فيه ببيعٍ أو هبةٍ مع التَّسليم.

(١) «البحر الرائق»(٦: ٣٧).

أو وهبَ ثوبَاً وسَلَّمَ لم يَرُدَّهُ بخِيار رؤيةٍ أو شرطٍ، بل بِعَيْبٍ

أو وهبَ ثوباً وسَلَّمَ[١] لم يَرُدَّهُ بخِيارِ رؤيةٍ[٢] أو شرطٍ، بل بِعَيْبٍ): الزُّطُّ[٣]: جِيلٌ[٤] من النَّاسِ في سَوادِ العراق، والثَّوبُ الزُّطيّ يُنسبُ إليهم، والأصلُ فيه أن رَدَّ البعض يُوجِبُ تفريقَ الصَّفقةِ[٥]

[١]قوله: وسلم؛ قيّدَ بالتّسليم؛ لأنَّ الهبةَ بدونِ التَّسليمِ غيرُ لازمةٍ وغيرُ مفيدة للملك.

[٢]قوله: لم يردّه بخيارِ رؤية أو شرط؛ لأنَّ الردّ تعذَّر فيما أخرجَه عن ملكه، ولا يمكنُهُ أن يردّ الباقي بخيارِ الرؤية والشرط، سواءٌ كان قبل القبضِ أو بعده، لما فيه من تفريقِ الصَّفقةِ قبل التّمام.

وفي خيارِ العيبِ يملك؛ لأنّ التَّفريقَ بعد القبض، فلو عادَ إليه بسببٍ هو الفسخُ فهو على خيارِ الرؤية، لارتفاعِ المانعِ من الردّ، وهو تفريقُ الصّفقة، وعن أبي يوسف ﷺ: إنّه لا يعود، وعليه اعتمدَ القُدُوريّ، كذا في «الهداية»(١)، و«الرمز»(٢).

[٣]قوله: الزُّط؛ في «الصراح»: كرو هي ازمرد مِ زطي يكي از ايشان، وفي «المنتخب»: يك صنف آدمي ست، وفي «منتهى الأرب»: كرو هي از هند معرّب: جَتَّ بالفتح، والقياس يقتضي فتح معرّبه أيضاً زطي يكي، وهكذا في «القاموس»(٣).

وقال في «الكفاية»(٤): الزُّط: جيلٌ من الهندِ ينسبُ إليهم الثّياب الزُّطيَّة. كذا في «المغرب»(٥)، وقيل: جيلٌ من النَّاسِ بسوادِ العراق. انتهى. فما قال الشَّارحِ ﷺ في تفسيرِهِ لم أجدْه في كتابٍ من كتبِ اللّغة، والله أعلم.

[٤]قول: جيل؛ - بالكسر -: كَر وهي ازمردمان، يقال: العربُ جيل، والتركُ جيل، والصين جيل، وقيل: كلُّ أمّة يختصّون بلغةٍ جيل، أجيال جمع. كذا في «منتهى الأرب».

[٥]قوله: الصفقة؛ قال في «المصباح المنير»: «صفقتُهُ على رأسِهِ صفقاً من باب

(١) «الهداية»(٣: ٣٥).
(٢) «رمز الحقائق»(٢: ١٥).
(٣) «القاموس المحيط»(٢: ٣٧٥).
(٤) «الكفاية»(٥: ٥٤٥).
(٥) «المغرب»(ص٢٠٨).

....

وهو قبلَ التَّمامِ لا يجوز[١]، وبعد التَّمامِ يجوز.

ثمَّ خِيارُ الشَّرطِ والرُّؤيةِ يمنعان[٢] تمام الصَّفقة، وخِيارُ العيبِ يمنعُهُ قبلَ القبضِ[٣] لا بعدَهُ[٤]؛ وهذا[٥] لأنَّهُ إذا شُرِطَ الخِيارُ لأحدِهِما لم يَتَحَقَّق الرِّضاء الكاملُ[٦]، وكذا[٧] إذا لم يرَ المُشْتَري مُشْتَرَاهُ

ضَرَبَ ضربةً باليد، وصفقتُ له بالسعةِ صفقاً أيضاً: ضربتُ بيدي على يده، وكان العربُ إذا أوجبَ البيعَ ضربَ أحدهما يدَه على يدِ صاحبِه، ثمّ استعملت الصفقةُ في العقد، فقيل: باركَ الله لك في صفقة يمينك، قال الأَزْهَرِيُّ: تكون الصفقةُ للبائع والمشتري». انتهى(١).

[١]قوله: **لا يجوز**؛ اعتباراً بابتداءِ الصفقة، فإنّه إذا أوجبَ البيعَ في الشيئين لا يملكُ المشتري القبولَ في أحدِهما لما فيه من الإضرارِ بالبائع؛ لأنَّ من العادةِ ضمُّ الجيّد إلى الرديء ترويجاً للرديء بالجيّد، كذا قيل.

[٢]قوله: **يمنعان**؛ لأنَّ الصفقةَ إنَّما تتمُّ بالرّضاء، ولا يتحقَّقُ الرّضاءُ مع خيارِ الشَّرطِ أو الرؤية.

[٣]قوله: **يمنعه قبل القبض**؛ لأنَّ تمامَ الصفقةِ لا يحصلُ إلاَّ بانتهاءِ الأحكام والمقصود، وذلك لا يكونُ قبل التسليمِ وثبوتِ الملك، فلو وجدَ المشتري عيباً في ثوبٍ منها، فله أن يردّها إن شاء، وليس له أن يردّ المعيب خاصَّةً بعدم تمامِ الصَّفقةِ قبل القبض.

[٤]قوله: **لا بعده**؛ لأنّ المشتري رضيَ بالعقدِ على اعتبار السّلامة، والسَّلامة عن العيبِ ثابتةٌ ظاهراً، وكانت الصَّفقةُ تامّةً؛ ولهذا لا يملكُ الردّ بحكمِ العيبِ بعد القبض إلا برضاءِ البائع أو قضاء القاضي.

[٥]قوله: **وهذا**؛ إلى كونِ خيارِ الشَّرطِ والرؤية مانعاً عن تمامِ الصَّفقةِ مطلقاً، وكونُ خيارِ العيب مانعاً قبل القبضِ لا بعده.

[٦]قوله: **الكامل**؛ لا مطلقاً؛ لأنّه لو لم يرضَ به أصلاً لم يوقع هذا العقد.

[٧]قوله: **فكذا**؛ لا يتحقَّقُ الرّضاء الكامل إذا لم يردّ المشتري مشتراه؛ لأنّه إن

(١) من «المصباح المنير»(ص٣٤٣).

....

أَمَّا إذا لم يشترط الخِيارَ، أو شَرَطَ فأجازَ مَن له الخِيارُ، أو المُشْتَرِي قد رأى المبيعَ فرَضِي به فبعدَ ذلك إن قبضَ فقد تَمَّ الصَّفقةُ بحصولِ الرِّضى الكامل.

لكنْ مع ذلك يمكنُ أن يكونَ المبيعُ معيباً، والمشتري لا يرضى به، فيُفْسَخُ العقدُ، فذلك أمرٌ مُتَوَهَّمٌ، فلا يمنعُ تمامَ الصَّفقة، وإن لم يقبضِ المبيعَ فالبيعُ في معرضِ الفسخ؛ بأن هلكَ في يد البائعِ فيرتفعُ العقد، فإذا اجتمعَ الأمرانِ أي عدمُ القبضِ ووجودُ العيبِ فيتقوَّى أحدُهُما بالآخر، فلا يَتِمُّ الصَّفقة، ويظهرُ هذا في المسألةِ التي تأتي، وهي قولُهُ: ولو اشترى عبدينِ صفقةً وقبضَ أحدَهما ووَجَدَ به أو بالآخر عيباً.

وجده عند الرؤية معيباً وهو لم يرضَ به فله اختيارُ الردّ، فهو ما لم يره متردّدٌ بين الأخذِ والردّ.

فصل في خيار العيب[1]

(ولمشترٍ وَجَدَ[2] بمشريِّهِ[3]

[1]قوله: في خيار العيب؛ أخره؛ لأنّه يمنعُ اللّزوم، وإضافةُ الخيارِ إلى العيبِ من قبيلِ إضافةِ المسبّب إلى السّبب.

[2]قوله: وجد؛ اعلم أنّه إذا نظرَ المشتري إلى العيب ولم يعلم أنه عيب، ثمّ علمه فله الردّ، وهو المنقولُ عن محمَّد بن سلمة ﷺ، وعن صاحب «المحيط»: إنّه إن كان عيب بيّناً لا يخفى على النّاس لا يكون له الردّ، وإلاَّ فله الردّ. كذا في «القُنْيَة»[1]، فعلى هذا يحتملُ أن يكون وجدَ بمعنى عَلِم، وأن يكون بمعنى أصاب. كذا في «شرح النقاية» للبِرْجَنْدِيّ.

[3]قوله: بمشريه؛ أطلقه فيشتمل إذا كان به عند البيع، أو حدثَ بعدها في يد البائع، بخلافِ ما إذا كان قبله، وزالَ ثمَّ عاد عند المشتري؛ لما في «البَزَّازِيّة»[2]: لو كان به عرجٌ فبَرِئَ بمعالجةِ البائعِ ثمَّ عادَ عند المشتري لا يردُّه، وقيل: يردّه إن عاد بالسَّببِ الأوّل. كذا في «ردّ المحتار»[3].

واعلم أنّه لا بدَّ للمسألة من قيود:

الأوّل: أن يكونَ العيبُ عند البائع، فإن حدث عند المشتري فلا يقدرُ على الردّ.

والثاني: أن لا يعلمَ به عند البيع.

والثالث: أن لا يعلم به عند القبض، فإنَّ العلمَ بالعيبِ عند البيعِ أو القبضِ رضاءٌ به.

والرَّابع: أن لا يتمكّن من إزالته بلا مشقَّة، فإن تمكّن فلا: كإحرامِ الجارية، ونجاسةِ الثّوب؛ لتمكّنه من تحليلِها وغسله.

والخامس: ألا تشترطُ البراءةُ من هذا العيب خصوصاً أو من العيوبِ عموماً.

---

(1) «قنية المنية»(ق١٦٢/أ).

(2) «الفتاوى البزازية»(١: ٤٦٤).

(3) «رد المحتار»(٤: ٧٢).

عيباً نقصَ ثمنُهُ عند التُّجارِ رَدُّهُ أو أخذُهُ بكلِّ ثمنِه

عيباً[١] نقصَ ثمنُهُ عند التُّجارِ[٢] رَدُّهُ أو أخذُهُ بكلِّ ثمنِه[٣]

والسادس: أن لا يزولَ قبلَ الفسخ؛ فإن زالَ قبل الفسخِ فليس له الردُّ مثل بياضِ العينِ إذا انجلى، والحمى اذا زالت. والبسطُ في «البحر»(١).

[١]قوله: عيباً؛ وهو لغة: ما يخلو عنه أصلِ الفطرةِ السليمة، وشرعاً: ما نقص ثمنُهُ عند التجّار؛ لأنّ التّضرّرَ بنقصانِ الماليّة، وذلك بانتقاصِ القيمة. كذا في «المنح»(٢) سواءً كان يُنْقِصُ العينَ أو لا يُنْقِصُها، ولا ينقصُ المنفعةَ بل مجرَّدَ النظرِ إليها؛ لأنّه عندهم يوجبُ نقصَ ثمنِه.

ونظيرُهُ الظفرُ الأسود وإن كان ينقصُ الثمن فهو عيب كما في الأتراك، وإن كان لا ينقصُهُ فليس بعيب، كما في «الحبش»، قال في «المحيط»: «اشترى جاريةً هنديّةً فوجدَها لا تحسنُ الهنديّة، وإن كان النّاس يعدّونه عيباً فله الردّ وإلاَّ فلا، ولو اشترى جاريةً تركيّةً فوجدَها لا تعرفُ التركيّة فله الرد؛ لأنّ ذلك عيب». انتهى.

[٢]قوله: عند التجار؛ المرادُ بهم أربابُ المعرفةِ من كلِّ تجارةٍ وصنعة، فإنَّ المبيعَ قد يكون من المصنوعات، فيعتبرُ عرفُ الصنّاعِ لا التجّار، وإذا أريدَ بهم ما يعمُّ الصنّاع اندفعَ هذا الإشكال، كذا ذكرَهُ العلاّمة الطَّحْطَاوي(٣).

وقال البِرْجَنْدِيّ: وهذا بناءً على الغالب، وفي العقارِ يعتبرُ نقصانُ الثّمن بتقويمِ المقوّمين، ولا مدخلَ لرأي التجّار في ذلك.

[٣]قوله: ردُّهُ أو أخذُه بكلِّ ثمنِه؛ لأنَّ مطلقَ العقدِ يقتضي وصفَ السّلامة، فعند فواته يتخيّر كيلا يتضرّر بلزومِ ما لا يرضى به، وهذا التخيُّرُ بين الأخذِ والردِّ ما لم يتعيَّن إمساكه، فإذا وُجِدَ ما يمنع الردَّ يتعيَّن الأخذ، لكن في بعضِ الصّور: يرجعُ بنقصانِ العيب، وفي بعضها: لا.

كما إذا اشترى من آخرِ عبداً وباعَه من غيره، ثمّ اشتراه من ذلك الغير، فرأى عيباً كان عند البائع الأوّل لم يردّه على الذي اشتراه منه؛ لأنّه غيرُ مفيد، إذ لو ردّه يردّه الآخرُ عليه، ولا على البائعِ الأوّل؛ لأنَّ هذا الملكَ غيرُ مستفادٍ من جهته.

---

(١) «البحر الرائق»(٦: ٣٩).

(٢) «منح الغفار»(ق٢: ١٦/أ).

(٣) في «حاشيته على الدر»(٣: ٤٥).

لا إمساكُهُ وأخذَ نقصانِه، والإباقُ

لا إمساكُهُ[1] وأخذَ نقصانِه): رَدُّهُ مُبْتَدأً، وَلِمُشْتَرٍ خَبَرِهِ، ونقصَ ثمنه: صفةُ العيب. **(والإباقُ[2]**

وكما إذا اشترى أحدُ الحَلاَلَيْنِ من الآخرِ صيداً ثمّ أحرما أو أحدُهما، ثمّ وجدَ المشتري به عيباً امتنعَ ردّه ورجعَ بالنّقصان. كذا في «رد المحتار»[1].

[1]قوله: **لا إمساكه وأخذه بنقصانه**؛ لأنّ الفائتَ وصف، والأوصافُ لا يقابلها شيءٌ من الثمن في مجرّدِ العقد؛ لأنّ الثّمنَ عين، فيكون مقابلاً بالعينِ دون الوصف؛ لأنّه عرضٌ غير متقوّم فأنّى يقابلُهُ عينٌ متقوّم.

ولأنّ الثمنَ لا يخلو إما أن يقابلَ بالوصف والأصل، وفيه تسويةٌ عن الأصل والتبع، أو بالوصف فقط، وفيه ترجيحُ التّبعِ على الأصل، أو بالأصلِ فقط، وهو المرام؛ ولأنَّ البائعَ لم يرضَ بزوالِ المبيعِ عن ملكه بأقلَّ من الثمنِ المعيَّن، وفي إمساكه وأخذُ النّقصان زوالُهُ بأقلّ، فلم تكن مرضيّة، فيتضرّر به البائع.

فإن قيل: المشتري أيضاً يتضرَّر بأخذِ المبيع المعيوب.

أجيب: يمكنُ دفعُ الضَّررِ عنه بالردّ بدون تضرّر البائع.

وإن قيل: البائعُ إذا باعَ معيباً فإذا هو سليم، فالبائعُ يتضرَّر لما ظهرَ أنّه نقصَ الثّمن على ظنّ أنّه معيب، ولا خيارَ له، وعلى هذا فالواجبُ إمّا شمولُ الخيارِ لهما أو عدمه لهما.

أجيبَ: بأنّ المبيعَ كان في يد البائع، وتصرّفه وممارسته طول زمانه، فأُنْزِلَ عالماً بصفة ملكه فلا يكون له الخيار، وإن ظهرَ بخلافه، وأمّا المشتري فإنّه ما رأى المبيع، فلو ألزمناه العقدَ مع العيبِ تضرّر من غيرِ علمٍ حصلَ له فيثبتُ له الخيار. هذا ما لخصته من «العناية»[2] و«الكفاية»[3] وغيرِهما.

[2]قوله: **والإباق**؛ في «الجوهرة»[4]: قال الثَّعَالِبيُّ: الآبقُ الهاربُ من غيرِ ظلمِ السيّد، فإن هربَ من الظلمِ لا يُسمَّى آبقاً، بل يسمّى هارباً، فعلى هذا الإباقُ عيب، والهربُ ليس بعيب.

---

(١) «رد المحتار»(٤: ٧٢ - ٧٣).

(٢) «العناية»(٦: ٣ - ٤).

(٣) «الكفاية»(٦: ٣ - ٤).

(٤) «الجوهرة النيرة»(١: ٣٦٢).

ولو إلى ما دونَ سَّفرٍ، والبولُ في الفراش، وسرقةُ صغيرٍ

ولو إلى ما دونَ سَّفرٍ[١]، والبولُ في الفراش، وسرقةُ[٢] صغيرٍ[٣]

[١]قوله: ولو إلى ما دونَ سَفرٍ؛ لأنّ الإباق إنّما كان عيباً؛ لأنّه يوجبُ فواتَ المنافعِ على المولى، وفي هذا المعنى السفرُ وما دونه سواء.

وفي «كمال الدراية»: «الإباقُ عيبٌ بالاتّفاق، إن خرجَ الآبق من البلدِ إلى غيرِ مولاهُ سواءً أَبِقَ من المولى أو ممّن كان عنده بإجارةٍ أو بإعارةٍ أو بوديعةٍ أو بغصبٍ وهو يعرف منزله، ويقوى على الرّجوع إليه، وإن لم يخرج من البلدِ اختلفَ المشايخ، والأشبه أن يقال: إن كانت البلدةُ كبيرةً كالقاهرةِ يكون عيباً، وإن كانت صغيرةً بحيث لا يخفى عليه أهلُها وبيوتُها لا يكون عيباً». انتهى(١).

[٢]قوله: وسرقة صغير؛ إلاَّ إذا سرقَ شيئاً للأكلِ من المولى، فإنّه لا يكونُ عيباً، بخلاف ما إذا سرقَ لبيعه، أو سرقه من غير المولى ليأكلَه فإنّه عيب فيهما. كذا في «البحر»(٢)، وفي «كمال الدراية»(٣): ولو سرقَ نحو الفلسِ والفلسينِ لا يكون عيباً، ولو نقبَ البيت ولم يأخذْ منه فهو عيب.

[٣]قوله: صغير؛ اعلم أنّ هذه الأشياءُ الثّلاثة عيبٌ يردّ بها العبدُ والأمة، لكنَّ الردّ إنّما يثبتُ إذا وَجَدَ المشتري عيباً منها كان عند البائع، ولا يثبتُ بالعيبِ الحادث، فإذا وجدَ أحدَ هذه الأشياءِ في الصَّغيرِ أو في الكبير عند البائع والمشتري جميعاً يُرَدّ.

وإن وُجِدَ أحدُها في الصَّغيرِ عند البائعِ ثمَّ في الكبيرِ عند المشتري لا يُرَدّ؛ لعدمِ اتّحادِ السَّبب؛ لأنَّ البولَ في الفراشِ في الصغيرِ لضعفِ المثانة، وفي الكبيرِ لداءٍ في الباطن، والإباقُ في الصَّغيرِ لحبِّ اللّعب، والسّرقةُ لقلّة المبالاة، وهما بعد الكبرِ لخبثٍ في الباطنِ فراراً عن العملِ ورغبةً في المال، وهذا هو المفهوم من «الهداية»(٤)، و«الكافي».

ويظهرُ من هذا أنّ الصّغرَ ليس هنا قيداً في السرقةِ كما يُوْهِمُ ظاهرُ عبارةِ المتن، فينبغي أن يجعلَ اللاّم في الإباق، والبول عوضاً عن المضافِ إليه: أي إباق صغيرٍ وبولُ

(١) من «كمال الدراية»(ق٣٨٢).

(٢) «البحر الرائق» (٦: ٤٤).

(٣) «كمال الدراية»(ق٣٨٢).

(٤) «الهداية»(٢: ٣٦).

يَعْقِلُ عيبٌ، وبالغٍ عيبٌ آخرُ، فلو سرقَ عندهما في صغرِهِ رَدَّهُ، وجنونُ الصَّغيرِ عيبٌ أبداً

يَعْقِلُ[١] **عيبٌ**[٢]): إِنَّمَا قال[٣]: يَعْقِلُ؛ لأنَّ سرقةَ صغيرٍ لا يَعْقِلُ ليست بعيب، (**وبالغٍ عيبٌ آخرُ**[٤])، عطفٌ على مَعْمُولَي عاملينِ مختلفين، والمجرورُ مقدَّمٌ[٥]، (**فلو سرقَ عندهما**): أي عند البائعِ والمشتري، (**في صغرِهِ**): أي في صغرِهِ مع العقل (**رَدَّهُ**) وإن حدثَ عنده في صغرِه، وعندَ مشتريهِ في كِبَرِهِ لا.

(**وجنونُ الصَّغيرِ**[٦] **عيبٌ أبداً**

صغير، لما اختاره البِرْجَنْدِيّ، ولو قال: من صغير لكان أحسن وأشمل.

[١]قوله: **يعقل**؛ أي البيع والشّراء، اختاره البِرْجَنْدِي، وقيل: بأنّ هذه الأشياءَ في الصّغير، قيل: أن يأكلَ وحدَه ويشربُ وحدَه ليست بعيوب، وقيل: إنّما يكون عيباً إذا كان خمسَ سنين فما فوقَها، وأمّا فيما دون ذلك فليس بعيب.

[٢]قوله: **عيب**؛ لأنّ هذه الأشياءَ تُوجِبُ نقصانَ القيمة عند التجّار.

[٣]قوله: **إنّما قال... الخ**؛ تخصيصُ الشّارحِ ﷺ غيرُ وجيه، فإنّ الصَّغيرَ له تعلّقٌ بالأشياءِ الثلاثةِ في الحكمِ لا بالسرقة فقط.

[٤]قوله: **عيب آخر**؛ فإنَّ البولَ على الفراشِ قبل البلوغِ لضعفِ المثانة، وبعده لداءٍ في الباطن، والإباق قبله لحبّ اللّعب، والسّرقة قبله؛ لقلّة المبالات، وبعده يكونان لخبثٍ في الباطن، فعند اتّحاد الحالة يردُّ، وفي الاختلاف لا.

[٥]قوله: **والمجرورُ مقدَّم**؛ كما يقال: في الدار زيد والحجرة عمرو، فقوله: «بالغ»؛ معطوف على قولِه: «صغير»، وهو مجرور، وقوله: «عيبٌ آخر» معطوف على قوله: «عيب»، وهو مرفوع، والأظهرِ أن يقال: والسرقةُ في الصَّغيرِ عيب، ففي الكبير عيب آخر.

[٦] قوله: **وجنون الصّغير**؛ والجنونُ اختلالُ القوّة المميِّزةِ بين الأمورِ الحسنةِ والقبيحةِ المدركةِ للعواقب، بأن لا يظهر آثارُها، وبتعطُّلِ أفعالِها: إمّا لنُقْصانِ جُبِلَ عليه الدِّماغُ في أصلِ الخلقة، وإمّا لخروجِ مِزَاجِ الدِّماغ عن الاعتدالِ بسببِ خلطٍ وآفة، وإمّا لاستيلاءِ الشيطانِ عليهِ وإلقاء الخيالاتِ الفاسدةِ إليه بحيث يفرح ويفزع من غير ما يصلحُ سبباً، وهو في القياس مسقطٌ لكلِّ العبادات؛ لمنافاتِهِ القدرة؛ ولذا عصمَ الأنبياءُ عليهم السلام عنه.

يُرَدُّ مَن جُنَّ في صغرِهِ عنده، ثمَّ عند مشتريَه فيه، أو في كِبَرِه. والبَخَرُ والدَّفَرُ والزِّنا والتَّوَلُّدُ منه عيبٌ فيها: أي في الأمةِ لا فيه

يُرَدُّ[١] مَن جُنَّ في صغرِهِ عنده، ثمَّ عند مشتريَه فيه، أو في كِبَرِه.
والبَخَرُ والدَّفَرُ[٢] والزِّنا والتَّوَلُّدُ منه عيبٌ فيها: أي في الأمةِ لا فيه[٣].

وإن شئتَ زيادةَ التّوضيحِ فارجع إلى «التلويح»(١)، واختلفوا في مقدارِ الجنون، فقيل: هو عيب وإن كان ساعة، وقيل: إن كان أكثرَ من يومٍ وليلة، وإن كان أقلّ، وقيل: المطبقُ عيب وغيرُه لا.

[١]قوله: يُرَدّ... الخ؛ حاصله: أنَّ العبدَ إذا جُنَّ في صغره في يد البائع، ثمّ عاده في يد المشتري يَرُدُّه، سواء كان هذا العودُ في الصِّغر أو في الكبر؛ لأنه عينُ الأوّل؛ إذ سببُ الجنونِ في حالِ الصِّغرِ والكبرِ متّحد، وهو فساد باطن الدّماغ.

وهذا معنى قول محمّد ﷺ: والجنونُ عيب، لا ما قيل: إن معناه لا تشترطُ المعاودةُ للجنونِ في يد المشتري فيثبت الردُّ بمجرَّد وجوده عند البائع؛ فإنه غلط؛ لأنّ الله ﷻ قادرٌ على إزالته بإزالة سببه، وإن كان قلَّما يزول.

فإذا لم يعاوده جازَ كونُ البيع صدرَ بعد الإزالة، فلا يردّ بلا تحقيقِ قيامِ العيب، ولا بُدَّ من المعاودة، وهذا هو الصحيح، وهو المذكور في «الأصل»(٢)، و«الجامع الكبير»(٣)، واختاره الإِسْبِيجَابِي. كذا في «الفتح»(٤).

[٢]قوله: والبَخَر؛ محركة كَندكَي دهان وجز آن، والبَخَر ككتف بوي تند.

والدَّفر: بفتح الدال المهملة، يقال: دَفْرًا له: أى مُنْتِنًا له، والدَّفَر: ككتف كَنده، والذَّفَر: بالذال المعجمة، محه كتربوى اتير وتند خوش يا ناخوش وفرق وامتياز بمضاف إليه يابموصوف توان كرد وذفر ككتف مرد كَنده بغل، واذفر كَنده بغل ومسك اذفر شك تيزبوي. كذا في «منتهى الأرب»، وفي أكثر نسخ الكتابِ بالدَّالِ المهملة، وفي بعضها بالمعجمة.

[٣]قوله: عيب فيها لا فيه؛ لأنّ ذلك يخلُّ بالمقصود فيها، وهو الاستفراشُ

(١) «التلويح»(٢: ٣٣٢).
(٢) «الأصل»(٥: ١٨٨).
(٣) «الجامع الكبير»(ص٢١١).
(٤) «فتح القدير»(٦: ٦).

والكفرُ عيبٌ فيهما، والاستحاضةُ، وارتفاعُ الحيضِ في بنتِ سبعَ عشرةَ سنةٍ لا أقلَّ عيبٌ

والكفرُ عيبٌ فيهما، والاستحاضةُ، وارتفاعُ الحيضِ في بنتِ سبعَ عشرةَ سنةٍ لا أقلَّ عيبٌ[1]

وطلبُ الولد، والمقصودِ من الغلام الاستخدام، وهذه الأشياءُ لا تخلُّ به، إلاَّ أن يفحشَ الأولان: أي البَخَر والدَفَر فيه بحيث يمنعُ القربَ من المولى، والأصحّ أنّ الأمردَ وغيره سواء.

أو يكون الزنا عادةٌ له - أي يتكرّر منه الزنا أكثر من مرّتين - . كذا في «المنح»[1]، وفي «مجمع الأنهر»[2]: ولا يشترطُ المعاودةُ عند الشّراءِ في الزّنا كما في أكثر الكتب.

[1]قوله: عيب؛ لأنَّ استمرارَ الدم وارتفاعَه علامةُ الدَّاء، والمعتبرِ في الارتفاع أقصى غاية البلوغ، وهو عند الإمام سبعَ عشرةَ سنة، وعندهما: خمسَ عشرة سنة، وبقولهما يُفتى كما صرَّح به العلاّمة الطَّحْطَاويّ[3]، والشاميُّ في «حاشية الدر المختار»[4].

ويعرفُ ذلك بقولِ الأمة؛ لأنّه لا يعرفُه غيرُها، ولكن لا تردّ بقولها، بل لا بدّ من استحلافِ البائعِ فتردّ بنكوله إن كان بعد القبض، وإن كان قبله فكذلك في الصحيح.

وحاصلُهُ: إنّه إذا صحّح دعواه سُئِلَ البائعُ فإن صدَّقَه رُدَّت عليه، وإلاَّ لم يحلف عند الإمام ﷺ، وإن أقرَّ به وأنكر كونه عنده حَلَفَ فإن نكلَ رُدَّت عليه، ولا تقبلُ البيِّنة على أنَّ الانقطاعَ كان عندَ البائعِ للتيقُّن بكذبهم. كذا في «البحر»[5].

واعلم أنّ أدنى مُدَّةٍ في ارتفاعِ الحيضِ حتى يُعَدَّ عيباً شهرٌ واحد. كذا في «فتاوى قاضي خان»[6].

---

(١) «منح الغفار»(ق٢: ١٧/أ - ب).

(٢) «مجمع الأنهر»(٢: ٤٣).

(٣) في «حاشيته على الدر المختار»(٣: ٤٨).

(٤) «رد المحتار»(٤: ٧٦).

(٥) «البحر الرائق»(٦: ٤٦).

(٦) «الفتاوى الخانية»(٢: ١٩٨).

فإن ظهرَ عيبٌ قديمٌ بعدما حدثَ عنده عيب آخرُ، فلهُ نقصانُهُ لا رَدُّهُ إلاَّ برضا بائعِه

فإن ظهرَ عيبٌ قديمٌ بعدما حدثَ عنده عيب آخرُ، فلهُ نقصانُهُ[1] لا رَدُّهُ إلاَّ برضا بائعِه[2]

وفي «الفصول العمادية»: إذ وجدَ المشتري الجاريةَ مرتفعةَ الحيض، ففي قولِ أبي حنيفةَ ﷺ يدعها حتى يتبيّن أنّها ليست بحامل، وقال أبو مطيع(١) ﷺ: يَدَعُها حتى تسعةَ أشهر، وقال محمّد ﷺ: يدعها أربعةَ أشهرٍ وعشراً.

وفي «الخلاصة»: في روايةٍ عن محمد ﷺ يدَعُها شهرين وخمسةَ أيام، وعليه عملُ النَّاسِ اليوم.

وفي «الكافي»: إنَّ المدَّة التي يسمعُ فيها ارتفاعُ الحيضِ مقدرةٌ بثلاثةِ أشهر عند أبي يوسف ﷺ، وبأربعةِ أشهرٍ عند محمّد ﷺ، وبسنتين عند أبي حنيفةَ وزفر ﷺ، فإن كان القاضي مجتهداً يقضي بما أدّى إليه اجتهادُه، وإلاَّ يأخذُ بالمتّفقِ عليه وهو سنتان. كذا في «شرح العلاّمة البِرْجَنْدِيّ».

[١]قوله: **فله نقصانه**؛ لأنّه تعذَّرَ الردُّ بسببِ العيبِ الحادث، وطريقُ معرفته أن يقوَّمَ المبيعُ سليماً عن العيب الحادث، ثمَّ يقومُ معيباً، فإذا عُرِفَ التَّفاوتُ بين القيمتين يرجعُ عليه بحصَّته من الثّمن، حتى إذا كان عشرَ القيمةِ مثلاً يرجعُ عليه بعشرِ الثّمن، وإن كان ثلثاً فبثلثه.

فإن قلت: هذا مخالفٌ لقولهم: إنّ الأوصافَ لا يقابلُها شيء من الثَّمن.

قلنا: إن الأوصافَ إذا كانت مقصودةً بالتَّناولِ حقيقةً أو حكماً كان لها حصَّة من الثَّمن، وهاهنا كذلك.

[٢]قوله: **لا ردُّه إلاَّ برضاء بائعه**؛ لأنَّ البائعَ رضي بالضَّرر، فيتخيَّرُ المشتري

---

(١) وهو الحكم بن عبد الله بن مسلم البَلْخي، أبو مطيع، القاضي الفقيه صاحب الإمام، راوي كتاب الفقه الأكبر عنه، وكان ابن المبارك يعظمه ويحبه لدينه وعلمه، وكان قاضياً ببلخ، قال الكفوي: كان بصيراً علامة كبيراً، ومن تفرداته أنه كان يقول بفرضية التسبيح ثلاث مرّات في الركوع والسجود، (ت١٩٩/٨هـ). ينظر: «طبقات ابن الحنائي»(ص٢١)، و«الفوائد» (ص ١١٧ - ١١٨).

كثوبٍ شراهُ فقَطَعَهُ فظهرَ عيبٌ، ولبائعِهِ أخذُهُ كذلك فلا يرجعُ مشتريْهِ إن باعَه، فإن خاطَه، أو صبغَهُ أحمرَ، أو لَتَّ السَّويقَ بسمنٍ، ثمَّ ظهرَ عيبُهُ لا يأخذُهُ بائعُهُ ورجعَ بنقصانِهِ

كثوبٍ شراهُ فقَطَعَهُ فظهرَ عيبٌ، ولبائعِهِ أخذُهُ[1] **كذلك فلا يرجعُ**[2] **مشتريْهِ إن باعَه)**: أي لا يرجعُ المشترِي بالنُّقصانِ إن باعَه؛ لأَنَّ البائعَ كان له أن يقولَ: أنا آخُذُهُ معيباً، فالمشتري بالبيعِ يكونُ حابساً للمبيعِ فلا يرجعُ بالنُّقصان.

(فإن خاطَه، أو صبغَهُ أحمرَ[3](1)**، أو لَتَّ**[4] **السَّويقَ بسمنٍ، ثمَّ ظهرَ عيبُهُ لا يأخذُهُ بائعُهُ**[5] **ورجعَ**[6] **بنقصانِهِ)**: أي رَجَعَ المُشْتَرِي بنقصانِ العيبِ، ولا يكونُ للبائعِ أن يقول: أنا آخذُهُ معيباً؛ لاختلاطِ ملكِ المشتري بالمبيعِ، وهو الخيط، والصَّبغ، والسَّمن.

حينئذٍ إن شاءَ ردَّه، وإن شاءَ أخذَه وليس له أن يرجعَ بالنُّقصان بعد رضاءِ البائعِ بالردّ؛ لأنّ الموجبَ لذلك وهو امتناعُهُ من الردِّ قد زال.

[1]قوله: أخذه؛ حاصلُهُ: أنّه إذا قال البائع: أنا أقبل ذلك الثوب مقطوعاً، فله أن يأخذه كذلك؛ لأنَّ امتناعَ الردِّ كان لحقِّه وقد رضيَ به، فأسقطَ حقَّه، بخلافِ ما إذا كان الامتناعُ لزيادةٍ فيه، فإنَّ الامتناعَ لحقِّ الشرعِ لا لحقِّ البائع، فالفرق بَيِّن.

[2]قوله: فلا يرجع...الخ؛ الحاصل: أنَّ المشتري إذا باعَ الثَّوبَ المقطوعَ المذكور عالماً بالعيبِ بعد القطع قبل البيعِ لم يرجع على البائع بشيء من النّقصان؛ لأنّ الردَّ غيرُ ممتنعٍ برضاءِ البائع، فإنّه جازَ أن يقولَ البائع: أنا أخذُهُ معيباً فالردّ لم يكن ممتنعاً برضاءِ البائع، فيصيرُ المشتري بالبيعِ حابساً للبيع، فلا يرجع بالنّقصان.

[3]قوله: أحمر؛ قيَّدَ به لتكونَ الزّيادةُ في البيعِ ثابتة اتّفاقاً؛ لأنّه لو صبغَه أسود يكون نقصاناً عنده كالقطع، وعندهما: يكون زيادة.

[4]قوله: لَتّ؛ - بفتح اللام وتشديد التاء - ، تركردن بست ومانند آن. كذا في «المنتخب»، يقال: لتّ السويق: أي عجنه. كذا في «الصراح».

[5]قوله: لا يأخذه بائعه؛ لأنَّ الامتناعَ لا لحقِّ البائع، بل لحقِّ الشّرع للزّيادة، وهي في معنى الرِّبا، وحرمةُ الربا في حقِّ الشرع.

[6]قوله: ورجع...الخ؛ لأنَّ الردّ ممتنعٌ بسببِ الزّيادة، فإنَّ الردَّ إمَّا أن يكونَ بدونِ

(١) قيِّد به لتكون الزيادة في المبيع ثابتة اتفاقاً؛ لأنه لو صبغه أسود يكون نقصاناً عنده كالقطع، وقالا: يكون زيادة. ينظر: «مجمع الأنهر»(٢: ٤٥).

كما لو باعَهُ بعد رؤيةِ عيبِهِ

(كما لو باعَهُ بعد رؤيةِ عيبِهِ): أي كما يرجعُ المشترِي بنقصانِ العيبِ إن باعَ الثَّوبَ المخيطَ أو المصبوغَ أو السَّويقَ المَلْتُوتَ بعد رؤيةِ عيبِهِ؛ لأنَّه بالبيعِ لم يصر[1] حابساً للمبيع

الزِّيادة، فهي لا تنفكُّ عن الأصل، وإمّا معها فالعقدُ لم يَرِدْ عليها بل على الأصلِ فقط.

واعلم أنَّ الزيادةَ على نوعين:

١. متّصلة

٢. ومنفصلة.

والمتّصلة على نوعين:

١. متولّدةٌ عن الأصل: كالجمال والسّمن.

٢. وغيرُ متولّدة: كالخياطةِ والصبغِ واللَّتّ.

والمنفصلةُ أيضاً على نوعين:

١. متولّدة عن الأصل: كالولد، والثّمر.

٢. وغير متولّدة؛ كالكسب.

فالمتّصلةُ المتولّدة، والمنفصلةُ الغير متولّدة لا تمنعان الردّ بالعيب:

أمّا الأولى: فلإمكان الفسخِ في الزّيادة؛ لأنّها تبعٌ محضٌ باعتبارِ التولّدِ والاتّصال.

وأمّا الثانية: فلإمكانِ فسخِ العقدِ في الأصلِ بدونِ الزيادة، وتسليمِ الزِّيادةِ للمشتري مجّاناً.

والمتّصلةُ الغير المتولّدة، والمنفصلةُ المتولّدة تمنعانِ الردّ بالعيب:

أمّا الأولى: فلأنَّ فسخَ العقدِ ممتنع: إمّا بدونِ الزيادة فلامتناعِ انفكاكها عن الأصل، وإمّا معها فلكونها غير مبيعة.

وأمّا الثّانيةِ فلامتناع فسخِ العقدِ أيضاً، إمّا بالذّاتِ فلعدمِ ورودِ العقدِ عليها، وإمّا بالتبع فلانقطاعِ التبعيّة بالانفصال.

[1]قوله: لم يَصِر...الخ؛ وعلى هذا إنَّ مَن اشترى ثوباً فقَطَعَه لباساً لولده الصغير، وخاطه ثمَّ اطَّلعَ على عيب، لا يرجع بالنّقصانِ بخلافِ ما لو كان الولدُ كبيراً؛ لأنَّ التمليكَ حصلَ في الأوّل قبل الخياطة، وفي الثاني بعدها بالتسليم إليه.

أو اعتقَهُ قبلَها مجاناً، أو دبَّرَهُ، أو استولَدَها، أو ماتَ عنده قبلَها

إذ قبلَ البيعِ لم يكن للبائعِ أخذُهُ معيباً؛ لاختلاطِ ملكِ المشتري به، فلم يبطلْ حقُّ الرُّجوعِ إليه بالنُّقصان، (**أو اعتقَهُ**[1] **قبلَها مجاناً، أو دبَّرَهُ، أو استولَدَها، أو ماتَ عنده قبلَها**): أي قبلَ رؤيةِ العيب، صورةُ المسائل: أنّه عَتَقَ المشتري العبدَ مجاناً، أو دَبَّرَهُ، أو استولَدَ المشتراة، أو ماتَ المشترَى في يدِ المشترِي، ثُمَّ اطَّلَعَ على عيبٍ رَجَعَ بالنُّقْصان[2].

وهذا معنى ما في «الفوائد الظهيريّة» من أنَّ الأصلَ أنّ كلَّ موضعٍ يكونُ المبيعُ قائماً على ملكِ المشتري ويمكنُهُ الردُّ برضاءِ البائع فأخرجَه عن ملكِه لا يرجعُ بالنقصان، وكلُّ موضعٍ يكونُ المبيعُ قائماً على ملكه ولا يمكنُهُ الردّ، وإن قبلَه البائعُ فأخرجَه عن ملكه يرجعُ بالنقصان، كما في «البحر»(1).

[1]قوله: أو أعتقه؛ أي إن اشترى عبداً فأعتقه قبل رؤية العيب بلا مال، أو دبَّرَه قبلها، أو اشترى أمةً فاستولدها: أي جعلَها أمَّ ولدٍ قبل رؤية العيب، أو ماتَ ذلك العبد، أو تلك الأمةُ عند المشتري قبل رؤية العيب، ثمَّ اطَّلعَ على عيبِ المشتري رجعَ المشتري على البائعِ بنقصانه.

فإن اشترى العبدَ وأعتقه قبل رؤية العيبِ بلا مال، ثمَّ اطَّلَعَ على عيبٍ لم يرجع كما سيأتي، أو اشترى بعد رؤية العيبِ فلا رجوعَ بنقصانِه؛ لأنّ الاشتراءَ بعد رؤيةِ العيبِ دليلُ الرضاء، وهو يسقطُ الرّجوع.

أو اشترى قبل رؤية العيب وأعتقه أو دبَّرَه أو استولدَها بعد رؤية العيب، فكذلك سقوطُ المرجوع؛ لأنَّ التصرُّفَ بعد رؤيةِ العيبِ في المبيع مسقطٌ للرّجوع، وأمّا موتُ العبدِ قبل رؤية العيب وبعده سواءٌ في سقوطِ الرّجوع كما سيصرّح به الشّارحُ ﷺ أيضا، فعلى هذا قيدُ القبليّة في الموتِ ليس بمفيدٍ بل يجبُ حذفه.

[2]قوله: رجع بالنقصان؛ أمّا في صورةِ الإعتاقِ فلما يذكره الشارح ﷺ، أمّا في صورةِ التَّدبير والاستيلاد؛ فلأنّهما وإن كانا لا يزيلان الملك إلاَّ أنَّ المحلَّ بهما يخرجُ عن أنَ يكون قابلاً للنقلِ منِ ملك إلى ملك، فقد تعذَّرَ الردُّ مع بقاءِ الملك، فيرجعُ بالنّقصان؛ لأنّه استحقَّ بوصف السّلامة، وصانه كما تعيَّبَ عنده.

(1) «البحر الرائق»(٦: ٥٥).

وإن أعتقَهُ على مالٍ، أو قتلَهُ، أو أكلَ الطَّعامَ كلَّهُ، أو بعضَهُ، أو لَبِسَ الثَّوبَ فتَخَرَّقَ لم يَرجع

(وإن أعتقَهُ على مالٍ، أو قتلَهُ، أو أكلَ الطَّعامَ كلَّهُ، أو بعضَهُ[1]، أو لَبِسَ الثَّوبَ فتَخَرَّقَ لم يَرجع[2])

وأمَّا في صورةِ موتِ العبد؛ فلأنَّ الملكَ ينتهي بالموت؛ لأنّه لا يثبت في الحيوانِ إلاّ باعتبارِ حياته، فينتهي بانتهائها، ويثبتُ امتناعُ الردّ فيه حكماً للموت لا بفعل المشتري، فلا يمتنعُ الرجوع.

[1]قوله: **أو أكلَ الطّعام كلَّه أو بعضَه**؛ حال كونه في وعاءٍ واحد، فإن كان في وعائين فأكل ما في أحدهما أو باعَ ثمَّ علم بعيبٍ كلٍّ بكلِّ ذلك، فله ردّ الباقي بحصَّته من الثّمن، صرّح به في «الدر المختار»(1)، وغيره.

[2]قوله: **لم يرجع**؛ أمّا الإعتاق على مالٍ؛ فلأنَّ المشتري حبسَ بدلَه، وحبسُ البدلِ كحبسِ المبدل، ولو حبسَ عينَه لا يرجع فكذا هذا، وعن أبي حنيفةَ ﷺ، وهو قولُ أبي يوسفَ والشّافعيّ وأحمد ﷺ: أنَّه يرجع؛ لأنّه إنهاءُ الملك وإن كان بعوضٍ فكان كالعتق مجاناً؛ ولهذا يثبتُ فيه الولاء؛ ولأنَّ العوضَ والمعوَّضَ ملكه، فكان كالعتق بلا عوض.

والكتابةُ كالإعتاقِ على مالٍ لحصولِ العوضِ فيها.

وأمّا القتلُ فالمذكورُ ظاهرُ الرواية، وعن أبي يوسفَ ومحمّد ﷺ معه في روايةِ «الينابيع»: أنّه يرجع، وبه قال الشافعيّ وأحمد ﷺ؛ لأنَّ المقتولَ مات بأجل فكأنّه مات حتفَ أنْفه؛ ولأنَّ قتلَ المولى لا يتعلَّقُ به حكم دنيويّ من قصاصٍ أو ديةٍ فصارَ كالموتِ حتفَ الأنف.

ووجه الظّاهر: أنَّ القتلَ فعلٌ مضمون؛ إذ لو باشرَهُ في ملكِ غيرِهِ ضمن، وإنّما سقطَ ضمانه عن المولى لأجلِ أنّه ملكه، فكان ذلك السّقوطُ في معنى عوضٍ سُلِّم له، وصار كأنّه باعه.

وأمّا أكلُ الكلِّ ولبسُ الثّوب، فالمذكورُ هنا قولُ أبي حنيفةَ ﷺ، والقياسُ أن يرجعَ بالنّقصان، وهو قولهما ومذهبُ الشّافعيّ وأحمد ﷺ، وفي «الخلاصة»: وعليه

(1) «الدر المختار»(2: 84).

....

الحاصل[١] أنَّ الموتَ لا يُبْطِلُ الرُّجوعَ بنقصان العيب؛ لأَنَّهُ لا صنعَ للمشتري فيه[٢]

الفتوى؛ لأنّه فعلَ بالطَّعام والثَّوبِ ما يُقْصَدُ بشرائهما ويُعْتادُ فيهما، فأشبه الإعتاق، ووجه قوله وهو الاستحسانُ: أن الردَّ تعذَّرَ بفعلٍ مضمون، فأشبه البيعَ والقتل، وإنّما سقطَ عنه الضمان لأجل أنّه ملكه.

وأمّا أكلُ بعضِ الطّعامِ فالمذكورُ قولُ أبي حنيفة ﷺ، وهو أنّه لا يرجعُ بنقصانِ ما أكله، وما بقيَ اعتباراً بالكلّ، ولا يردُّ الباقي؛ لأنَّ الطّعام كشيء واحد، فلا يردُّ بعضه بالعيبِ دون البعض، كما لو باعَ البعض.

وعندهما: يرجعُ بالنّقصانِ في الكلِّ، وليس له أن يردَّ الباقي؛ لأنّ أكلَ الكلِّ لا يمنعُ الرّجوعَ عندهما، فالبعضُ أولى، والطّعام كشيء واحد، فلا يردّ بعضَه بالعيب، وعنهما يردّ الباقي ويرجعُ بنقصانِ ما أكل؛ لأنّ التبعيضَ لا يضرّه، وهو قادرٌ على الردّ كما قبضَه.

ولو أطعمه ابنه أو امرأته أو مكاتَبه أو ضيفَه لا يرجع، ولو أطعمه عبدَهُ أو مدبّره أو أُمَّ ولده يَرْجِع؛ لأنّ ملكه باق.

ولو اشترى دقيقاً فخبزَ بعضَه ثمَّ ظهرَ أنّه مرٌّ فالمختارُ أنّه يردّ ما بَقِيَ ويرجع بنقصان ما خبز.

ولو اشترى سمناً ذائباً فأكله ثمَّ أقرَّ البائعُ أنّه كان وقعتْ فيه فأرة، رجعَ بالنقصانِ عندهما، وبه يفتى.

والأصلُ أنّ الردّ متى امتنعَ الفعلُ من المشتري مضمونٌ كالبيع امتنعَ الرُّجوعُ بالنّقصان؛ لأنّه إذا كان مضموناً كان البائعُ ممسكاً للمبيع معنى، ومن شرطِ الرُّجوعِ بالنُّقصانِ أن لا يكون ممسكاً له، ومتى امتنعَ بفعلٍ منه غير مضمونٍ كالإعتاق مجّاناً، والتدبير، والاستيلاد، أو بآفةٍ سماويّة، أو بانتقاصٍ، أو بازدياد، وما يمنعُ من الردِّ لا يمنعُ الرجوعَ بالنُّقصان؛ لأنّه لا يتصوُّر أن يكونَ ممسكاً له. كذا في «كمال الدراية»[١].

[١]قوله: الحاصل؛ وتحريره: أن الملكَ في الآدميّ إنّما يثبت باعتبارِ الماليّة، والماليّة تنتهي بانتهاءِ الحياة، فإنّها لا تتحقّقُ بعد الموت، فثبتَ أنَّ الملكَ ينتهي بالموت، والموتُ لا دخلَ فيه للمشتري، فيرجعُ بالنقصانِ دفعاً للضّرر عن نفسه.

[٢]قوله: لا صنع فيه للمشتري؛ فإن قيل: إذا صبغَ أحمرَ فامتنعَ الردّ بفعلِه، مع

---

(١) «كمال الدراية»(ق٣٨٥).

....

والإعتاقُ مجاناً لا يُبْطِلُهُ أيضاً استحساناً، والقياسُ[١] أَنَّهُ يُبْطِلُه؛ لأنَّ الإعتاقَ بصنعِهِ فصارَ كالقتلِ، وجه الاستحسانِ[٢] أن الإعتاقَ له شبهان:

شبهٌ بالقتلِ في أَنَّهُ بصنعِ المشتري.

وشبهٌ بالموتِ في أنَّ الأصلَ في الآدمي الحريَّة، فكانَ الملكُ مؤقَّتاً إلى زمانِ العتقِ، فهو عودٌ إلى الحالةِ الأصلية، فإن كان بعد رؤيةِ العيبِ اعتبرَ ذلك الشبهُ، فلا رجوعَ له بخلافِ الموتِ بعدَ رؤيةِ العيبِ، فإنَّ حقَّ الرُّجوعِ فيه ثابتٌ وإن كان قبلَ رؤيةِ العيبِ اعتبرَ هذا الشَّبه حتى يكونَ له فيه حقُّ الرُّجوع، وأمَّا المسائلُ الأُخرُ فلا رجوعَ بالنُّقصان فيها.

أنّه يرجعُ بالنّقصان.

أجيبَ: بأنّ امتناعَ الردّ في الثوبِ المصبوغِ ليس بسببِ نفس الصّبغ، بل بوجود الزيادة، فكان الامتناعُ لحقِّ الشّرع، وهو شبهة الربا.

[١]قوله: والقياس... الخ؛ تقريره: إنَّ المشتري لّما أعتقه امتنع عن الردّ، والامتناعُ بفعله يمنعُ الرجوع، فصارَ كالقتل، فإنّه إذا اشترى عبداً فقتله ثمَّ اطّلعَ فيه على عيبٍ فليس له الرجوع، فكذا هنا.

[٢]قوله: وجه الاستحسان...الخ؛ بيانه أنّ للإعتاقِ اعتبارين:

١. باعتبارٍ يشبّه بالقتل.

٢. وباعتبارٍ يشبّه بالموت.

أمّا الاعتبارُ الأوّل: فصدوره لفعله.

وأمّا الاعتبارُ الثاني: فهو أنَّ الأصلَ في الآدميّ الحريّة؛ لأنّه لم يخلق في أصلِ الخلقةِ محلاً للملك، وإنّما يثبتُ الملكُ فيه مؤقّتاً إلى الإعتاق، والمؤقّتُ إلى وقتٍ ينتهي بانتهائه، وكان الملكُ مؤقّتاً إلى زمان العتق، فلمّا عُتِقَ عادَ إلى حالته الأصليّة التي تقتضيها الفطرةُ الإنسانيّة، وهو عدمُ كونه مملوكاً لأحد.

فلمّا أعتقه المشتري بعد رؤية العيب فاعتبرَ ذلك - الاعتبارُ الأوّل - ولا يمكنُ له الرّجوعُ بنقصانه، فإنَّ التصرُّفَ بعد رؤية العيب، وامتناعِه عن الردّ يسقطُ الرّجوع.

وإذا أعتقه قبل رؤية العيب فاعتبرَ هذا - الاعتبارُ الثاني - ويثبت للمشتري حقّ الرُّجوعِ بخلاف الموت، فإنّه لَمَّا لم يثبت فيه اختيارٌ لأحد، فوقوعُه قبل رؤيةِ العيب وبعدها سواءٌ في ثبوت حقِّ الرجوعِ للمشتري.

وإن اشترى بيضاً، أو بطيخاً، أو قِثَّاءً، أو خِيَاراً، أو جَوْزاً، فَكَسَرَ، فَوَجَدَهُ فاسداً فله نقصانُهُ في المُنْتَفَعِ به، وكلُّ ثَمَنِهِ في غيرِه. ومَن باعَ مُشْتَرَيَهُ وَرُدَّ عليه بعيبٍ بقضاءٍ بإقرارٍ، أو ببيِّنة، أو بنكول، رَدَّ على بائعِه، وإن رُدَّ برِضَاهِ لا

(وإن اشترى[1] بيضاً، أو بطيخاً، أو قِثَّاءً، أو خِيَاراً، أو جَوْزاً، فَكَسَرَ، فَوَجَدَهُ فاسداً فله نقصانُهُ في المُنْتَفَعِ به[1]، وكلُّ ثَمَنِهِ في غيرِه.
ومَن باعَ مُشْتَرَيَهُ وَرُدَّ[2] عليه بعيبٍ بقضاءٍ بإقرارٍ، أو ببيِّنة، أو بنكول، رَدَّ على بائعِه، وإن رُدَّ برِضَاهِ لا)

[1]قوله: **وإن اشترى**...الخ؛ توضيحه: أنّه إذا اشترى أحدٌ شيئاً من هذه الأشياءِ المذكورة فكسَرُه فوجدَه فاسداً، بأن كان مُرّاً أو مُنْتناً، وهذا الكسرُ كان قبل العلمِ بالعيب؛ لأنّه إن كان بعد العلم به فكان دليلُ الرضاء، فهذا بمكسورٍ لا يخلو إمّا أن ينتفعَ به بأن يصلحَ لأكلِ بعض النّاسِ أو الدوابّ، أو لا.

ففي الصورةِ الأولى: رجعَ بنقصانه دفعاً للضّررِ بقدر الإمكان، وليس له أن يردَّه؛ لأنّ الكسرَ عيبٌ حادث، إلاّ أن يقبلَه البائعُ مكسوراً، أو يردَّ الثمن، وقال الشافعيّ ﷺ: يردُّه؛ لأنّ الكسرَ وإن كان عيباً حادثاً لكنّه بتسليطِ البائع، فصار كأنّه فعله ورضي به.

ولنا: أنَّ التسليطَ على الكسرِ في ملك المشتري لا في ملكِ البائع؛ لأنّه بالبيعِ لم يبقَ ملكه، فلم يكن التَّسليطُ إلا في ملك المشتري، وذلك هدرٌ لعدمِ ولايته عليه، فصار كما إذا اشترى ثوباً فقطعه، ثمَّ وجده معيباً، فله الرُّجوعُ اتّفاقاً.

وفي الصورة الثّانية: وهي ما إذا كان بحيث لم يصلحْ لأكلِ النّاس ولا للعلف يرجعُ بالثمن كلّه؛ لأنّه ليس بمال، فإنّ المالَ ما ينتفعُ به في الحالِ أو المآل، فإذا كان هذا الشَّيءُ بحيثُ لا ينتفعُ به أصلاً فلا يكون محلاً للبيع، فبطلَ البيع.

[2]قوله: **وردّ عليه**...الخ؛ تنقيحه: أنّه إذا اشترى عيناً منقولاً فباعه بعد القبض، ثمَّ ردَّه المشتري الثاني على بائعه، وهو المشتري الأوّل، فالمشتري الأوّل إن قبلَ الردَّ

---

(١) يعني لو ينتفع به مع فساده بأن يصلح للعلف أو لأكل بعض الفقراء لم يردّه؛ لتعذّره بالكسر؛ لأنه عيب حادث ولكن يرجع بنقصان العيب دفعاً للضرر بقدر الإمكان، وكل ثمنه في غير المنتفع به لبطلان البيع؛ لأن المبيع ليس بمال. ينظر: «شرح ابن ملك»(ق١٦٦/أ).

....

أَي إن اشترى شيئاً، ثُمَّ باعَهُ، فادعى المشتري الثَّاني عيباً على المشتري الأَوَّل، وأثبتَ ذلك بالبَيِّنَة، أو بالنُّكُول، أو بالإقرار، فقضى القاضي فرُدَّ على بائعِهِ، كان له أنْ يُخاصِمَ البائعَ الأَوَّلَ

بقضاء القاضي، بأن أقرَّ بالعيبِ وامتنعَ من القَبول، فردَّ عليه القاضي جَبْراً، أو أنكرَ العيبَ فأثبته بالبيِّنة، أو بالإباء عن اليمين، أو بالبيِّنة على إقرارِ البائعِ بالعيب مع إنكاره الإقرارَ به.

فإنّه يردّ عليه في الصُّورِ الأربعة، فللمشتري الأوّل أن يردَّه على بائعه؛ لأنَّ الردَّ بالقضاءِ فسخٌ في حقِّ الكلّ، فيكون كأنّه لم يبعه.

وإن قبل المشتري الأوّل برضاه: أعني بغيرِ قضاءِ القاضي، فليس له أن يردَّه على بائعه؛ لأنّه بيعٌ جديد؛ لأنّه لا ولايةَ لهما على الردِّ بعد القبض.

وإنّما قيّدنا بالعينِ احترازاً عن الصرف، فإنّه يجعلُ فسخاً إذا ردَّ بعيب، لا فرقَ بين القضاءِ والرضاء؛ لأنّه لا يمكن أن يجعلَ بيعاً جديداً؛ لأنّ الدِّينارَ هاهنا لا يتعيّن في العقود، فإذا اشترى ديناراً بدراهم، ثمَّ باعَ الدينارَ من آخر، ثمَّ وجدَ المشتري الثاني بالدّينارِ عيباً وردّه المشتري بغيرِ قضاء، فإنّه يردّه على بائعه لما ذكرنا.

ووجهه في «الكافي»: بأنّ المعيبَ ليس بمبيع، بل المبيعُ السّليم، فيكون المبيعُ ملكَ البائع، فإذا ردّه على المشتري يردّه على بائعه، أمّا هاهنا المبيعان الموجودان. كذا في «البحر»[1].

وإنّما قيّدنا بـ[غير] العقار؛ لأنّه لا يردّه الأوّل على البائع، إلاَّ إذا رُدَّ عليه بقضاءٍ مطلقاً، سواءً قبضه الثاني أو لا؛ إذ لو ردَّه عليه قبل قبضه برضاه لا يردُّه على البائع؛ لأنّه بمنزلة البيعِ الجديدِ فيه؛ إذ يجوزُ بيعُهُ قبل قبضه فكأنّ المشتري الأوّل اشتراهُ من الثاني، فليس له الردّ.

ولا يقال مثله في المنقول؛ لأنّه لا يجوزُ بيعُهُ قبل قبضه، فإذا ردَّه الثاني على الأوَّل قبلَه كان فسخاً لا بيعاً جديداً. كذا في «حاشية الطَّحْطَاوي على الدرّ المختار»[2]،

---

(١) «البحر الرائق»(٦: ٦١).

(٢) «حاشية الطحطاوي»(٣: ٥٥).

....

قال في «الهداية»: معنى القضاءُ[1] بالإقرار: أنَّهُ أنكرَ الإقرارَ فأُثْبِتَ بالبيِّنة(١).

فإن قيل[2]: المشتري الأوَّلُ إذا أنكرَ إقرارَهُ بالعيب، فأثبتَ هذا بالبَيِّنةِ صارَ كأنَّه أقرَّ عند القاضي، فإنَّ الثابتَ بالبَيِّنةِ كالثَّابتِ عياناً، فينبغي أن لا يكونَ له ولايةُ الرَّدِّ على البائع الأَوَّلِ سواءٌ أقرَّ عند القاضي، أو أنكرَ إقرارَهُ، فيثبُتُ بالبَيِّنَة؛ لأنَّ الإقرارَ حجَّةٌ قاصرةٌ، فَأَيُّ فائدةٍ في قوله: معنى القضاء بالإقرار أنَّه أنكرَ الإقرار؟

قلنا: نحنُ لم نَجْعَل[3] الإقرارَ حجَّةً مُتَعَدِّيةً

وإنّما قيدنا بكون البيع بعد القبض؛ لأنّ بيعَ المنقول قبل القبضِ لا يجوزُ كما صرّحوا به.

[1]قوله: **معنى القضاء**...الخ؛ وإنّما احتاجَ إلى هذا التَّأويل؛ لأنّه إذا لم ينكر إقراره بعد الإقرارِ بالعيبِ لا يحتاجُ إلى القضاء، بل يردّه عليه بإقراره بالعيب، فإذا ردَّ عليه بإقراره بدون القضاء، لم يكن له أن يردَّه على بائعه. كما في «الكفاية»(٢).

[2]قوله: **فإن قيل**...الخ؛ حاصله: أن المشتريَ الثاني إذا رأى في مشتراه عيباً وردَّه إلى بائعه فلم يقبله، فتوجَّه إلى القضاء، والمشتري الأوّل أنكرَ إقراره بالعيبِ في مشتراه عند بيعه، وأثبت المشتري الثاني ذلك الإقرار بالبيّنة، فكأن المشتري الأوّل أقرّ به في مجلسِ القاضي.

فإنَّ من قاعدتهم أن الثابتَ بالبيِّنة كالثابتِ عياناً في الحكم، فالمناسبُ أن لا يكون للمشتري الأوَّل أن يردَّه على بائعه مطلقاً، سواءٌ أقرَّ عند القاضي أو ثبتَ إقراره بالبيّنة بعد إنكاره إيّاه؛ لأنّ الإقرار حجّة، لكن لا بحيث يتعدّى أثرُها إلى غير مَن هي له، فما فائدةُ التقييد في بيانِ معنى القضاءِ بالإقرارِ بقيدِ إنكارِ الإقرارِ وبثبوته بالبيّنة.

[3]قوله: **نحن لم نجعل**...الخ؛ لا ندّعي أنَّ الإقرارَ حجّةٌ يتعدَّى أثرها إلى غيرِ مَن هي له، ولا ندَّعي أنَّ الردَّ بعينه على المشتري الأوّل هو على بائعه، ولا حاجة فيه إلى الخصومة، بل نقول: إنَّ المشتري الأوّل إذا ردّ عليه بقضاء القاضي ثبتَ له أن يُخاصمَ بائعه في ردِّ مشتراهُ عليه بالعيب فإن... الخ.

---

(١) انتهى من «الهداية»(٢: ٣٥).

(٢) «الكفاية»(٦: ٢١).

....

ولم نَقُل[١]: إنَّ الرَّدَّ على المشتري الأَوَّلِ رَدٌّ على بائعِهِ، بل له أن يُخاصمَ بائعَهُ، فإنّ المشتري الثَّاني إذا أَثْبَتَ أنَّ العيبَ كان في يدِ المشتري الأَوَّل، وردَّ عليه، فالمشتري الأَوَّلُ إن أثبتَ أنَّ العيبَ كان في يَدِ بائعِهِ رَدَّهُ عليه، وإلاَّ فلا[٢].

والفرقُ[٣] بينَ إقرارِهِ عند القاضي وبينَ إثباتِ إقرارِهِ بالبَيِّنةِ أنَّهُ إذا أقرَّ عند القاضي يكونُ طائعاً في أخذِ المبيعِ، فصارَ كما إذا اشترى من المشتري الثَّاني، فلا يكونُ له ولايةُ الرَّدِ على البائع الأَوَّل

---

[١]قوله: ولم نقل...الخ؛ لأنَّ الموجودَ بيعان، فبفسخِ الثاني لا يفسخُ الأوّل بخلاف الوكيلِ بالبيع؛ إذ رُدَّ عليه المبيعُ معيباً بالبيِّنةِ أو بالنكولِ حيثُ يكون ردّاً على الموكّل؛ لأنَّ البيعَ هناك واحد، بل إذا رُدَّ المبيع على المشتري الأوّل؛ لقضاء القاضي كان له أن يخاصمَ بائعَه.

فإن ردَّ المشتري الثاني بإثبات عيبٍ لا يحدث مثلُهُ عند المشتري الأوّل، لا حاجةَ للمشتري إن أرادَ ردّه على بائعه إلى إقامة بيّنة أخرى، بل البيّنةُ السابقةُ تكفي في ردِّه عليه.

وإن كان ردُّه بإثبات عيبٍ يحدثُ مثلُه عند المشتري الأوّل كان له في ردِّه على بائعه حاجةٌ إلى إقامة بَيِّنة أخرى؛ لإثبات كونه في يد بائعه أو إقراره، وهذا هو قولُ أبي حنيفة وأبي يوسف ﷺ.

وقال محمّد ﷺ: ليس للمشتري الأوّل أن يُخاصمَ بائعه؛ لأنّه أنكرَ عيبَ المبيع، فإذا أرادَ الردَّ على بائعه صارَ مُدّعياً بثبوت العيب، وذا يتناقض.

ولهما: أنَّ المشتري الأوَّل صار مكذَّباً بالبيّنةِ فجعلَ إنكاره بعدمه، فيصحُّ دعواه. كذا في شروح «الهداية»(١).

[٢]قوله: وإلا فلا؛ أي وإن لم يثبت المشتري الأوّل أنّ هذا العيبَ كان في يدِ بائعه حين اشتراهُ فلا يُرَدُّ عليه.

[٣]قوله: والفرق...الخ؛ قال يعقوب باشا(٢): «هذا الفرقُ مذكورٌ في شروحِ «الهداية» لكن فيه كلام، وهو أنّه لا يلزمُ من الإقرار أخذُ المبيعِ طائعاً حتى يكون بيعاً

---

(١) «فتح القدير»، و«العناية» (٦: ٢١ - ٢٣).

(٢) في «حاشيته»(ق٩٧/أ).

....

أَمَّا إذا أنكرَ إقرارَهُ بالعيب، فثبَتَ بالبَيِّنة، لم يكن طائعاً في الأخذ، فيكون أخذُهُ بحُكْمِ الفسخ كأنَّهُ لم يبعْ، فيكونُ له المخاصمةُ مع بائعِه.

وقد قيل[١]: هذه المسألةُ فيما إذا ادّعى المشتري الثَّاني على المشتري الأوَّلِ أنَّ العيبَ كان في يَدِ البائعِ الأَوَّل، فحينئذٍ للمشتري الأَوَّل أَنْ يُخاصمَ على البائعِ الأَوَّلِ، أمَّا إذا ادّعى أنّ العيبَ في يدِ المشترِي الأوَّلِ فليسَ له أن يُخاصِمَ بائعَه.

أَقُولُ[٢]: فيه نظرٌ؛ لأنَّه إذا ادّعى أنَّ العيبَ في يدِ البائعِ الأوَّل، وأقامَ عليه البيِّنةَ، وقضى على المشتري الأَوَّل، فهذا القضاءُ ليسَ قضاءً على البائعِ الأوّل، وهذه البيِّنةُ لم تقمْ على البائعِ الأوَّلِ ولا على نائبِه؛ لأنَّ ما يدَّعى[٣] على الغائبِ ليسَ سبباً لما يدَّعى على الحاضر.

جديداً في حقِّ الثالث، الذي هو البائعُ الأوّل، ولا يكون له ولاية الردِّ لعدم الرضا، وإن كان الردّ بالرضاء فلا كما لا يخفى إلا أن يدّعي أنّ الإقرارَ عند القاضي أخذَ المبيعَ طائعاً في الحال؛ لأنَّ الظاهرَ علمُهُ بقضاءِ القاضي سنة، فليتأمّل». انتهى.

[١]قوله: **وقد قيل**... الخ؛ حاصلُهُ: أنَّ موضعَ الخلاف دعوى وجودِ العيبِ عند البائعِ الأوّل إذا أقامَ البيّنةَ على أنَّ العيبَ كان عند المشتري الأوّل، ليس للمشتري الأوّل أن يخاصمَ بائعه اتّفاقاً فإنّه لم يجعل كاذباً في إقراره؛ لكونه سليماً عند البائع.

[٢]قوله: **أقول**...الخ؛ حاصلُهُ: أنّه لَمَّا كان البيّنةُ والقضاءُ غيره واردين على البائعِ الأوّل بل على الثاني، فمال الدّعوى الأولى إلى الثانية، فكما لا مجالَ في الثانية للمخاصمة؛ لفقدانِ المكذب في سلامته عند البائعِ الأوّل، فكذا في الأولى لهذه العلّة بعينها؛ لرجوعها إليها، فالفرقُ بينهما بتجويزِ المخاصمة وعدمه تَحكّم.

[٣]قوله: **لأنّ ما يدّعي**...الخ؛ تعليلٌ لقوله: ولا على نائبِه، يعني أنَّ القضاءَ على الغائبِ وإقامةُ البيّنة لا يصحّان إلاّ بحضرة نائبه، وهو على ثلاثةِ أنواع:

١. حقيقي؛ وهو مَن يكون بأمره وإنابته، وهو الوكيل.
٢. وشرعي: وهو الوصيُّ الذي نَصَّبَه القاضي.
٣. وحكمي: وهو أن يكون بنيابةِ الحاضرِ عن الغائبِ حكماً؛ بأن يكونَ ما يدّعي على الغائب سبباً لما يدّعي على الحاضرِ على كلِّ حال، وهو بحيث لا ينفك. ففي هذه الحالة ينصّبُ الحاضرُ خصماً عن الغائب، ويقضى عليهما جميعاً.

فإن قبضَ مُشْتَرَيه وادَّعَى عيباً

(فإن قبضَ[١] مُشْتَرَيه وادَّعَى عيباً

كما إذا ادّعى على رجلٍ أنّه كفيلٌ عن فلانٍ بما يجبُ له عليه وأقام المدّعي عليه بالكفالة، وأنكرَ الحقّ، فأقامَ المدّعي البيّنة عليه أنّه وجبَ له على فلانٍ ألف درهم، فإنّه يقضي بها في حقِّ الكفيلِ الحاضر، وفي حقِّ الغائبِ جميعاً، حتى لو حضرَ الغائبُ وأنكرَ لا يلتفتُ إلى إنكاره، وكلٌّ من هذه الأنواعِ منتفي ها هنا.

أمّا الأوّل: فلعدمِ كونِ المشتري الأوّل وكيلاً من البائع، ولا وصيّاً من جانبِ القاضي.

وأمّا الثاني، فلأنَّ العيبَ الذي ادّعى المشتري الثاني على البائعِ الأوّلِ الغائبِ لا يكون سبباً لازماً لما ادّعاهُ على المشتري الأوّل الحاضر؛ لأنَّ العيبَ المذكورَ قد يتحقّقُ عند البائعِ الأوّل ولا يتحقَّقُ عند المشتري الأوّل كما في المعائب المتزائلة، وقد يكون متحقّقاً عندهما معاً بحيث يكون الأوّل سبباً للثّاني، كما في المستمرةِ مثلِ الأصبع الزائدة، ولزومِ السببيّة شرطٌ للنيّابة الحكميّة. كذا في «ذخيرة العقبى»[١]، وغيرها.

[١]قوله: **فإن قبض**...الخ؛ توضيحُ المسألة: أنّه إذا اشترى شيئاً وقبضه، ثمَّ ادّعى عيباً فيه لم يجبر المشتري من جانبِ القاضي على دفعِ ثمنه إلى البائع؛ لاحتمال كونه صادقاً في دعواه.

ولكنَّ المشتري يقيمُ البيّنة لإثباتِ العيب، بأنّه وجدَه بالمبيعِ عنده؛ لأنّه إذا لم يوجد العيبُ عنده ليس له أن يردّه بالعيب وإن كان عند البائع؛ لاحتمالِ أنّه زال، فإذا أقامَ البيّنة أنّه وجده عنده يحتاجُ إلى أن يبرهنَ أنَّ هذا العيبَ كان عند البائعِ لاحتمالِ أنّه حدثَ عنده فلا يستحقُّ الردَّ عليه.

فإذا ثبتَ أنّه كان فيه عند البائع فسخَ العقد بينهما؛ لثبوته في الحالين عنده وعند البائع، أو يَحْلِفُ بائعُه إذا لم يكن للمشتري بيّنة على وجودِ العيبِ عنده، وقيامُهُ في الحال على قولهما؛ لأنّه لو أقرَّ به لزمه، فإذا أنكره يَحْلِف، فإن حلفَ برئ، وإن نكلَ ثبتَ قيامُ العيبِ للحال، ثمَّ يَحْلِفُ ثانياً على أنّ هذا العيب لم يكن فيه عنده، فإن حلفَ برئ وإن نكلَ فسخَ القاضي العقدَ بينهما.

---

(١) «ذخيرة العقبى»(ص٣٦٨).

لم يُجْبَرْ على دفعِ ثمنِهِ حتى يَحْلِفَ بائعُه، أو يُقِيم بيِّنةً

لم يُجْبَرْ[1] على دفعِ ثمنِهِ حتى يَحْلِفَ بائعُه(١)، أو يُقِيم بيِّنةً)(٢)، فقولُه: أو يُقِيم؛ عطفٌ على قولِه: لم يُجْبَرْ. وليس عطفاً على قولِه: يَحْلِفَ بائعُه؛ لأنَّه حينئذٍ يكونُ إقامةُ البيِّنةِ غاية لعدمِ الجبر، فإن أقامَ البيِّنةَ ينتهي عدمُ الجبر، فيلزمُ الجبرُ على دفعِ الثَّمَن عند إقامةِ البيِّنةِ على العيبِ، وهو غير صحيح.

فالحاصلُ أنَّ المُشْتَري إذا ادَّعى عيباً يقيمُ بيِّنةً على دعواه ويَرُدُّه، وإن لم يكن له بَيِّنَةٌ يَحَلِفُ بائعُهُ بأنَّه لا عيب، وحينئذٍ يُجْبَرُ على دفعِ الثَّمنِ لا قبلَ الحلف، فأحدُ الأمرينِ ثابتٌ:

١. إمَّا إقامةُ البَيِّنَةِ على وجوبِ العيبِ.

٢. أو عدمِ الجبرِ على دفعِ الثَّمَنِ حتى يحلِفَ بائعُه.

واختلفوا على قولِ أبي حنيفةَ ﷺ، فقيل: يحلف، وقيل: لا يحلف وهو الأصح؛ لأنّ الحلف يترتّبُ على دعوى صحيحة، ولا تصحّ الدعوى إلاَّ من خصم، ولا يصيرُ خصماً فيه إلاَّ بعد قيامِ العيب عنده، ولا يلزمُ من ترتُّب البيّنة ترتّب اليمين، كما في الحدود، وإن شئت زيادة التفصيل فارجع إلى «البحر»(٣)، وشروح «الهداية»(٤).

[1]قوله: لم يجبر؛ لأنّ المشتري أنكرَ وجوبَ دفعِ الثمن، حيث أنكرَ تعيين حقّه بدعوى العيب، ودفعُ الثّمنِ أولى ليتعيّن حقّه بإزاءِ تعيينِ المبيع؛ لأنّ حقَّ المشتري في المسلم لا في المعيب، ووجوبُ دفعِ الثَّمنِ إنّما هو ليتعيّن حقّ البائعِ بإزاءِ تعيينِ المبيع، فحيثُ أنكرَ تعيُّن حقّه في المبيع، فقد أنكرَ علَّة وجوبِ دفعِ الثّمنِ أوّلاً، وفي إنكارِ العلّة

(١) صورة التحليف: أن يحلفَ البائعُ أن هذا العيبَ لم يكن فيه عنده، وذلك بعد إقامة المشتري البيِّنة أنه وجد فيه عنده: أي المشتري وإذا لم يقم بينة على ثبوته عنده ليس له تحليف البائع في الأصح؛ لأن التحليف يترتَّب على دعوى صحيحة ولا تصحُّ إلاَّ من خصمٍ ولا يصير خصماً فيه إلاَّ بعد قيام العيب عنده. ينظر: «الشرنبلالية»(٢: ١٦٤).

(٢) سيورد الشارح ما استشكِل من هذه العبارة ويؤولها، وكذا فعل أصحاب شروح «الهداية»، ومنهم البابرتي في «العناية»(٦: ٢٣) وبعد أن أورد التأويل الثاني الذي ذكره الشارح، قال: والحق أن الاستشكال إنما هو بالنظر إلى مفهوم الغاية، وهو ليس بلازم.

(٣) «البحر الرائق»(٦: ٦٣).

(٤) «فتح القدير»، و«العناية»(٦: ٢٣ - ٢٤).

....

وإن نصبَ قوله: أو يُقِيمَ، فله وجهٌ[١]

إنكارُ المعلول. كذا في «البناية»(١).

فإن قيل: صفةُ الإنكارِ تقتضي إسنادَ اليمين عليه؛ لإقامة البيّنة بالحديث.

أجيب: بأنَّ الاعتبارَ بالمعنى لا بالصورة، وهو مّدعٍ يدّعي ما يوجب دفعَ وجوبِ دفع الثمن أوّلاً وإن كان في الصورة منكراً. كذا في «العناية»(٢)؛ ولأنّ القاضي لو قضى بالدفع فلعلّه يظهرُ العيبَ فينتقضُ القضاء، فلا يقضي به صوناً لقضائه. كذا في «الهداية»(٣).

فإن قيل: ما ادّعاه المشتري من العيبِ موهوم، فلا يعارضُ المتحقّق؛ وهو وجوبُ تسليمِ الثمن.

قلنا: فيه صيانةُ القضاءِ عن النقض. كذا في «الكفاية»(٤).

[١]قوله: **فله وجه**...الخ؛ قيل: وله وجهٌ آخر غير ما ذكرَه الشّارح ﷺ وهو نصب: يقيم؛ بشرطِ أن يكون ليقيمَ مغياً آخر، وتقدير الكلام هكذا، فإن قبضَ مشتراه فادّعى عيباً لم يجبرْ المشتري على دفعِ الثمن، ولم يجبرْ البائعَ على قَبولِ المبيع حتى يحلفَ بائعه، أو يقيمَ بيّنةً.

فحذفَ اكتفاءً بدلالةِ: أو يقيمَ؛ عليه بطريقِ اللّفِ والنَّشرِ التقديريّ كما ذهبَ إليه بعضُ المفسّرين في تفسيرِ قوله ﷻ: ﴿**يَوْمَ يَأْتِي بَعْضُ آيَاتِ رَبِّكَ لَا يَنفَعُ نَفْسًا إِيمَانُهَا لَمْ تَكُنْ آمَنَتْ مِن قَبْلُ أَوْ كَسَبَتْ فِي إِيمَانِهَا خَيْرًا**﴾(٥)، حيث قال: المعنى لا ينفعُ نفساً إيمانُها ولا عملُها لم تكن آمنت أو كسبت في إيمانها خيراً.

قال: الأكملُ(٦): إنَّ هذا من بابِ علفتُها تبناً وماءً بارداً، وتقديره: وسقيتُها ماءً

(١) «البناية»(٦: ٣٥٢).
(٢) «العناية»(٦: ٢٣ - ٢٤).
(٣) «الهداية»(٣: ٣٩).
(٤) «الكفاية»(٦: ٢٣ - ٢٤).
(٥) الأنعام: ١٥٨.
(٦) في «العناية»(٦: ٢٣).

وعند غيبةِ شهودِهِ دفعَ الثَّمَنَ إن حَلَفَ بائعُه، ولزِمَهُ عيبُهُ إن نكلَ، فإن ادَّعى

وهو أن يكونَ المرادُ بعدمِ الجبرِ على دفعِ الثَّمَنِ[1] عدمَ الجبرِ على دفعِهِ بشرطِ أن يكونَ واجباً بحكم البيع، وهو معنيٌّ بأحد الأمرين:

إمَّا الحلفُ على أنَّهُ لا عيبَ فحينئذٍ يُجْبَرُ على دفعِ الثَّمَن.

أو إقامةُ البيِّنةِ على وجودِ العيب، فحينئذٍ يُفْسَخُ البيع، ولا يبقى الثَّمَنُ واجباً، فينتهي عدمُ الجبرِ بشرطِ كونِهِ واجباً.

(**وعند غيبةِ شهودِهِ دفعَ الثَّمَنَ إن حَلَفَ بائعُه، ولزِمَهُ عيبُهُ[2] إن نكلَ**): أيّ إن قال المشتري: شهودي غُيَّبٌ. دفعَ الثّمَنَ إن حلفَ بائعُهُ أن لا عيب، وإن نكلَ البائعُ ثبتَ العيب.

(**فإن ادَّعى**[3]

بارداً. كذا في «ذخيرة العقبى»(١).

[1]قوله: **دفع الثمن**؛ لأنَّ في الانتظارِ ضررٌ بالبائعِ وليس فيه كثيرُ ضررٍ على المشتري؛ لأنّه متى أقام البيّنة ردّ عليه المبيع وأخذ ثمنَه.

فإن قلت: يلزم حينئذٍ بطلانُ قضاءِ القاضي، وبطلانُهُ ظاهرٌ.

قلت: قضاء حينئذٍ إلى حين حضورِ الشّهود لا مطلقاً حتى يلزمَ بطلانه.

[2]قوله: **ولزمه عيبُه إن نَكَل**؛ لأنَّ النُّكولَ حجّةٌ في ثبوتِ العيب، بخلاف الحدود حيث لا تكون فيها حجّة، ولهذا لم يحلف فيها. كذا في «الرمز»(٢).

[3]قوله: **فإن ادّعى**...الخ؛ تصويرُ المسألة: أنَّ رجلاً اشترى عبداً ثمَّ ادّعى إباقه وكذّبه البائع، فالقاضي لا يسمعُ دعواه إلاَّ أن يثبتَ وجود الإباقِ عنده، فإن أقامَ بيِّنة على أنّه أَبِقَ عنده يسمع دعواه، ويقول للبائع: هل كان عندك هذا العيبُ في الحالةِ التي كانت عند المشتري.

فإن قبل ردَّهُ عليه، وإن أنكرَ وجودَ الإباقَ عنده، طلبَ البيِّنة من المشترى، فإن أقامَهـا عليه ردَّه على البائع، وإن لم يكن له بيِّنةٌ وطلبَ اليمينَ يُسْتَحْلَفُ أنّه لم يأبق عنده.

---

(١) «ذخيرة العقبى»(ص٣٦٩).

(٢) «رمز الحقائق»(٢: ٢٠).

إباقَه أقامَ بيِّنةً أوَّلاً أنَّه أبِقَ عنده، ثُمَّ حَلَفَ بائعُهُ: بالله لقد باعَهُ وسَلَّمَهُ وما أبِقَ قطٌّ

إباقَه[1] أقامَ بيِّنةً أوَّلاً أنَّه أبِقَ عنده، ثُمَّ حَلَفَ بائعُهُ[2]: بالله لقد باعَهُ وسَلَّمَهُ وما أبِقَ قطّ

[١]قوله: إباقه؛ قال في «الكفاية»(١): إنّما وضعَ المسألة في الإباق؛ لأنَّ العيبَ: إذا كان ظاهراً، وهو ممّا لا يحدثُ مثلُهُ: كالأصبعِ الزائدةِ أو النَّاقصة، فإنَّ القاضي يقضي بالردّ من غيرِ تحليفٍ إذا طلبَ المشتري؛ لأنّا تيقّنا بوجوده عند البائع.

أو باطناً لا يعرفُهُ إلاَّ الأطباء: كوجعِ الكبدِ والطّحال، يرجعُ إلى قولِ الأطباء في حقِّ سماعِ الدعوى، وتوجُّه الخصومة، أو عيباً تطّلعُ عليه النساء؛ كالقَرنِ والرَّتقِ يرجعُ الى قول النِّساءِ في توجُّهِ الخصومة.

فلا يتأتى في هذه المواضع تحليفُ البائع على قيام العَيب في يدِ المشترى في الحال، ولا يحتاجُ المشتري إلى إقامةِ البيِّنةِ على قيامِهِ في الحال، وإنّما يثبتُ بالبيِّنة ما لا يعرف إلاَّ بالتجربة؛ كالإباق، والسرقة، والبول في الفراش، والجنون.

[٢]قوله: ثمَّ حَلَفَ بائعُهُ؛ اتِّفاقاً لأنّه انتصبَ خصماً حين أثبتَ المشتري قيامَ العيبِ عنده عند الإمام ﷺ، فكذا عندهما بالطريق الأولى.

قيل: كيف يحلف على الثّبات، مع أنّه فعل الغير، والتحليفُ فيه إنّما يكون على العلم.

وأجيب: بأنه فعلُ نفسه في المعنى، وهو تسليمُ المعقود عليه سليماً، كما التزمه؛ فإنَّ في «المنح»(٢): ثمّ كيفيّة التحليفِ أن يحلفَ باللهِ ما أبق قط، هذا هو الأحوط، أو ما أبقَ عندك قط، كما في «الكنز»(٣). قال المتأخِّرون: فيه تركُ النَّظرِ للمشتري؛ لأنّه يحتملُ أنّه باعه وقد كان أبِقَ عند غيره وبه يُرَدُّ عليه، وفيه ذهول عنه.

وكذا قولهم: بالله لقد باعَه وما به هذا العيب، ليس فيه نظرٌ للمشتري أيضاً؛ لأنَّ العيبَ قد يحدث بعد البيعِ قبل التسليم، وهو موجبٌ للردّ.

---

(١) «الكفاية»(٦: ٢٥).

(٢) «منح الغفار»(ق٢: ١٩/ب).

(٣) «كنز الدقائق»(ص٩٩).

أو بالله ما له حقُّ الرَّدِّ عليك من دعواه هذه، أو بالله ما أَبِقَ عندك قطُّ، لا بالله لقد باعَهُ وما به هذا العيب، ولا باللهِ لقد باعَهُ وسَلَّمَهُ وما به هذا العيب

أو بالله ما له[1] **حقُّ الرَّدِّ عليك من دعواه هذه، أو بالله ما أَبِقَ عندك قطُّ، لا بالله لقد باعَهُ وما به هذا العيب، ولا باللهِ لقد باعَهُ وسَلَّمَهُ وما به هذا العيب)**: وإنَّما لا يَحْلِفُ بهذين الطَّريقين:

إذ في الأوَّل[2] يُمكنُ أن لا يكونَ العيبُ وقتَ البيع، فيحدث بعد البيعِ قبلَ التَّسليم، وعلى هذا التَّقديرِ للمشتري حقُّ الرَّدِّ أيضاً.

وأمَّا في الثَّانية[3]؛ فلأنَّ البائعَ يُمكنُ أن يُؤَوِّلَ كلامَه، بأن يكونَ المرادُ أنَّ العيبَ لم يكن موجوداً عند البيعِ والتَّسليم، بمعنى أنَّ وجودَ العيبِ عند كلِّ واحدٍ منهما مُنْتَفٍ، فيُمكنُ أنَّهُ كان موجوداً عند التَّسليمِ لا البيع.

فإن قلتَ: هذا الاحتمالُ ثابتٌ في قوله: لقد باعهُ وسَلَّمَهُ وما أبقَ قطُّ: أي وجدَ كلُّ واحدٍ منهما، وما أَبِقَ عند وجودِ كلِّ واحدٍ، فيُمكنُ أنَّهُ قد أَبِقَ عند وجودِ التَّسليم لا البيع.

وبالله يستحقُّ عليك الردَّ من الوجهِ الذي ذكره.

وبالله لقد سلَّمَه وما به هذا العيب، ولو كانت الدّعوى في إباقِ العبدِ الكبير يحلفُ بالله ما أبقَ منذ بلغَ مبلغَ الرجال؛ لأنَّ الإباقَ في الصَّغيرِ يزولُ بالبلوغ. انتهى.

[1]قوله: **ما له**؛ أي ليس للمشترى حقُّ الردّ عليك أيّها البائعُ بالسبب الذي يدَّعيه المشتري، أو بالله: أي أو حلَّفه بالله ما أبقَ عندك قطّ، يعني أو حلَّفه القاضي بهذا الوجه، فيقول البائع: بالله ما أبقَ قطّ، وإنّما قال عندك؛ لأنَّ القاضي يخاطبُ البائع كذلك، فإذا حلفَ أضافَ إلى نفسه. كذا في «البناية»(1).

[2]قوله: **إذ في الأوّل...الخ**؛ حاصله: أنّ فيه تركُ النَّظرِ للمشتري لا العيب، وربّما يحدثُ بعد البيعِ قبل التَّسليم، وهذا العيبُ موجبٌ الردَّ أيضاً، وهذا القولُ ذهولٌ عنه، فإذا حلفَ البائعُ على العيب بهذه العبارة يتضرَّرُ المشتري؛ لأنَّ البائعَ صادقٌ في حلفه فلا يحلّفه.

[3]قوله: **وأمّا في الثانية...الخ**؛ محصوله أنّ قوله: لقد باعه وسلّمه وما به هذا

---

(1) «البناية»(6: 355).

وعند عدمِ بَيِّنَةِ المشتري على العيبِ عنده يَحلِفُ البائعُ عندهما أنَّهُ ما يعلمُ أنَّهُ أَبِقَ عنده، واختلفوا على قولِ أبي حنيفة ﷺ

قلت: كلمةُ قطُّ تنافي هذا المعنى؛ لأنَّها موضوعةٌ لعمومِ السَّلبِ[١] في الماضي، وذلك المعنى هو سلبُ العموم.

(**وعند**[٢] **عدمِ بَيِّنَةِ المشتري على العيبِ عنده يَحْلِفُ البائعُ عندهما أنَّهُ ما يعلمُ أنَّهُ أَبِقَ عنده، واختلفوا على قولِ أبي حنيفة ﷺ**)، قدْ ذكرَ أن المشتري أقامَ بَيِّنَةً أَوَّلاً أَنَّهُ أَبِقَ عنده، فإن لم يكن له بيِّنةٌ يَحلِفُ بائعُهُ عندهما بأنَّك ما تعلمُ أنَّه أَبِقَ عند المشتري؛ لقولِهِ ﷺ: «البَيِّنَةُ[٣] على المدَّعي، واليمينُ على مَن أنكرَ»، فكلُّ شيءٍ يَثْبُتُ بالبَيِّنَةِ فعند العجزِ عنها يتوجَّهُ اليمينُ على المنكر.

العيب يوهمُ تعلّقه بالشَّرطين، وهما: البيعُ والتسليم لا بأحدهما فقط، فإذا كان هذا العيبُ في العبد وقتَ التَّسليمِ لا وقتَ البيعِ لم يحنث، فيدفعُ الردَّ بهذا التأويلِ فيتضرّر به المشتري.

والأصحُّ أنَّ البائعَ لا يَبرُّ في يمينه إلاَّ إذا لم يكن العيبُ موجوداً في البيع والتسليم أصلاً؛ لأنّه ينفي العيبَ عند البيعِ وعند التسليم، فيحنث إذا لم يكن متعيّباً في أحدهما. كذا في «الكفاية»[١]، وغيرها.

[١]قوله: السلب...الخ؛ فسلبُ العيبِ يكون موجوداً في الزَّمانِ الماضي مطلقاً غير مختصٍّ بوقت البيع فقط أو التسليم فقط.

[٢]قوله: وعند...الخ؛ يعني أنَّ المشتري إذا لم يجدْ بيِّنة على قيامِ العيبِ عنده، وقصدَ تحليفَ البائع: باللهِ ما نعلمُ أنّه أبقَ عنده، فيحلف على قول الصاحبين ﷺ، واختلفَ المشايخُ على قولِ أبي حنيفةَ ﷺ، وهذا الاختلافُ مذكورٌ في «النوادر»، وذكره الطحاويّ ﷺ، وقيل: لا خلافَ في هذه المسألة، هكذا في «العناية»[٢]، وغيرها.

[٣]قوله: البيّنة...الخ؛ أخرجَهُ البَيْهَقِيُّ في «سننه»[٣] عن ابن عبّاس ﷺ قال: قال رسول الله ﷺ: «لو يُعْطى النَّاسُ بدعواهم، لادّعى رجالٌ أموالَ قومٍ ودماءهم، لكن البيِّنةَ على المدَّعي، واليمينُ على مَن أنكر»، والحديثُ في الصحيحين[٤]: بلفظ «لكنَّ

(١) «الكفاية»(٦ : ٢٧).
(٢) «العناية»(٦ : ٢٦).
(٣) «سنن البيهقي الكبير»(١ : ٢٥٢).
(٤) في «صحيح البخاري»(٤ : ١٦٥٦)، و«صحيح مسلم»(٣: ١٣٣٦).

....

واختلفَ المشايخ[1] ﷺ على قولِ أبي حنيفةَ ﷺ ، ووجْهُ عدمِ الاستحلافِ أنَّ اليمينَ[2] لا يتوَجَّهُ إلاَّ على الخصم، ولا يصير[3] خصماً إلاَّ بعد قيامِ العيبِ عنده، فلا يُمكنُ إثباتُ هذا بالحلف؛ لأنَّه دور[4]

اليمينَ على المدّعى عليه».

وأخرجَه الدَّارَقُطْنِيُّ(١) أيضاً عن مسلم بن خالد، عن ابن جريج، عن عطاء، عن أبي هريرةَ ﷺ: إنّ رسول الله ﷺ قال: «البيِّنةُ على مَن ادّعى، واليمينُ على مَن أنكر إلاَّ في القسامة»، وإن شئتَ زيادةَ التَّفصيلِ فارجعْ إلى «نصب الرَّاية»(٢)، وغيره من التخاريج.

[١]قوله: واختلفَ المشايخ...الخ؛ فقيل: يحلف، وقيل: لا يحلف، وهو الأصحّ، وتقريرُهُ مَرَّ سابقاً انظرْ إليه.

[٢]قوله: إنَّ اليمين...الخ؛ حاصلُه: إنَّ اليمينَ إنّما يتوجّه على الخصم، والخصمُ إنّما يصيرُ خصماً بعد قيامِ العيبِ عنده، وثبوتُهُ حينئذٍ لا يكونُ إلا باليمين، فيلزمُ الدَّورُ فلا يثبتُ الاستحلاف.

[٣]قوله: ولا يصير...الخ؛ قال في «العناية»(٣): «لا نسلّم أنَّ كلَّ ما يترتَّب عليه البيِّنة يترتَّبُ عليه التحليف، فإنَّ دعوى الوكالةِ يترتَّبُ عليها البيّنةَ دونَ التَّحليف، والبيِّنةَ لا تستلزمُ الدَّعوى، فضلاً عن صحّتها، بل تقومُ على ما لا دعوى فيه أصلاً، كما في الحدود، بخلافِ التَّحليف.

والفرقُ أنَّ التحليفَ شُرِعَ لقطعِ الخصومة، فكان مقتضياً سابقيَّةَ الخصم، ولا يكونُ المشتري هاهنا خصماً إلاَّ بعدَ إثباتِ قيامِ العيبِ في يده، ولم يثبت، كما تقوم، وأمّا البيّنةُ فمشروعةٌ لإثباتِ كونه خصماً». انتهى.

[٤]قوله: لأنّه دور؛ لأنَّ تحقّقَ اليمينِ في هذه الصورةِ موقوفٌ على كونه خصماً، وكونه خصماً موقوفٌ على تحقُّقِ العيب عنده، وتحقُّقِ العيب عنده موقوفٌ على اليمينِ بشرطِ النُّكولِ فيكونُ دوراً، فإنَّ الدَّورَ هو توقُّف الشيء على ما يتوقّف على ذلك

---

(١) في «سننه»(٢: ١١٠).

(٢) «نصب الراية»(٤: ٨١).

(٣) «العناية»(٦: ٢٧).

ولو قال البائعُ بعد التَّقابض: بعتُك هذا المعيبَ مع آخر، فقال المشتري: بل هذا وحده، فالقولُ له، وكذا إذا اتفقا في قدرِ المبيع، واختلفا في المقبوض

أمَّا البيِّنةُ فقد تقامُ[1] ليصيرَ خصماً، لكن لا يَحْلِفُ ليصيرَ خصماً.

والفرقُ أن وجوبَ الحلفِ ضَرَرٌ، فإذا لم يكن خصماً فلا وجهَ لإلزامِ الضَّرَرِ عليه بخلاف إقامةِ البَيِّنَةِ إذ المدَّعي مختارٌ في إقامةِ البيِّنة، فهي أهونُ من إلزامَ الضَرَرِ عليه، فجعلَ إقامةَ البيِّنةِ طريقاً لإثباتِ كونِهِ خصماً لا التَّحليف.

(**ولو قال البائعُ[2] بعد التَّقابض[3]: بعتُك هذا المعيبَ مع آخر، فقال المشتري: بل هذا وحده، فالقولُ له**): أي إذا ظهرَ في المبيعِ بعد التَّقابضِ عيبٌ فيردُّهُ المشتري ويطلبُ الثَّمن، فيقولُ البائعُ: هذا الثَّمنُ مقابلٌ بهذا الشَّيءِ مع شيءٍ آخر، ويقولُ المشتري: بل هو مقابلٌ بهذا الشَّيءِ وحدَه، فالقولُ له مع اليمين؛ لأنَّ الاختلافَ وقعَ في مقدارِ المقبوض، فالقولُ للقابض، كما في الغصب[4]

(**وكذا إذا اتفقا في قدرِ المبيع، واختلفا في المقبوض**)

الشيء، أمَّا بمرتبته كما يتوقّف على آ بَ ويتوقّف بَ على آ أو بمرتبتين، كما يتوقَّف على بَ وبَ على جَ وجَ على آ أو بمراتبٍ كما يتوقَّف آ على بَ وبَ على جَ وجَ على دَ ودَ على آ.

[١]قوله: **فقد تقام**...الخ؛ وبهذا يندفع الدور في البيِّنة: أي إقامةُ البيّنةِ لا تتوقَّفُ على الخصم، بل تقامُ ليصيرِ خصماً.

[٢]قوله: **البائع**؛ فائدةُ دعوى البائع أنّه جرّ بنفعِ تنقيصِ الثَّمنِ على تقديرِ الردّ، ولهذا قال بعد التقابض.

[٣]قوله: **بعد التقابض**؛ أي بعد قبضِ المشتري المبيع، وقبض البائع الثمن.

[٤]قوله: **كما في الغصب**؛ فإنّه إذا اختلفَ الغاصبُ والمغصوبُ منه، فقال المغصوب منه: غصبت منِّي غلامَين، وقال الغاصب: غصبتُ غلاماً واحداً، فالقولُ قولُ الغاصب؛ لأنّه القابض. كذا في «البناية»(1).

---

(١) «البناية»(٦: ٣٥٧ - ٣٥٨).

ولو اشترى عبدين صفقةً، وقبضَ أحدَهُما ووجدَ به أو بالآخرِ عيباً أخذهُما أو ردَّهُما، ولو قبضَهُمَا رَدَّ المعيبَ خاصَّةً

أي اتفقا في أنَّ المبيعَ شيئان، واختلفا في المقبوض، فقال المشتري: قبضتُ أحدَهُما فقط، وقال البائعُ: بل قبضتهما فالقول للمشتري على ما مرَّ[1].

(**ولو اشترى عبدين**[2] **صفقةً، وقبضَ أحدَهُما ووجدَ به أو بالآخرِ**[3] **عيباً أخذهُما أو ردَّهُما، ولو قبضَهُمَا**[4] **رَدَّ المعيبَ خاصَّةً**)

---

[١]قوله: **على ما مرَّ**؛ من أنَّ في الاختلاف في مقدار المقبوضِ القول قولُ القابض، بل هاهنا أولى؛ لأنَّ كونَ المبيعِ شيئين إمارةٌ ظاهرةٌ على أنَّ المقبوضَ كذلك؛ لأنَّ العقدَ عليهما سببٌ مطلقٌ لقبضهما. كذا في «العناية»(١).

[٢]قوله: **عبدين... الخ**؛ قيدُ العبدين اتِّفاقيٌّ؛ إذ الحكم في الثَّوبين كذلك. كذا في «المعدن».

[٣]قوله: **وجد به أو بالآخر**؛ وعن أبي يوسفَ ﷺ: إذا وجدَ بالمقبوضِ عيباً ردَّه خاصّة؛ لأنَّ الصفقةَ فيه تمَّت لتناهيها فيه، فبالنَّظرِ إليه لا يلزمُ تفريقُ الصَّفقة.

[٤]قوله: **ولو قبضهما**؛ حاصلُهُ: إنّ المشتري إذا اشترى عبدين وقبضهما، ثمَّ وجدَ بأحدهما عيباً يردّه خاصّةً خلافاً لزفر ﷺ؛ فإنّ عنده يردّهما جميعاً؛ لأنّ فيه تفريق الصفقة، ولا يخلو عن ضرر؛ لأنّ من عادات التجّار ضمُّ الجيِّد إلى الرديء لرواجِ الرديء فإذا جازَ ردُّ أحدهما دونَ الآخرِ يفوتُ غرضُ البائع، وفيه ضرر.

فأشبه هذا التفريق الذي هو بعد القبضِ بالتفريقِ الذي قبل القبض، وفيه الردّ لأحدهما غيرُ جائز فكذا هاهنا، وبخيارِ الرؤية والشَّرط، فإنَّ الصفقةَ لا تتمُّ فيهما بعد القبض، فكذا هاهنا أيضاً.

ولنا: ردُّ أحدهما تفريقُ الصفقةِ بعد تمامها، وهو جائز؛ لأنَّ الصفقةَ في خيارِ العيبِ تتمُّ بالقبض، وفي خيارِ الرؤية والشَّرط لا تتمُّ به؛ لأنَّ تمامَها لا يكون إلاَّ بتمامِ الرِّضاء، وهو لم يوجد، وقد مرَّ سابقاً.

وقيل: هذا؛ أي ردُّ المعيبِ خاصَّةً في شيئين إفراد أحدهما بالانتفاعِ كالعبدين،

---

(١) «العناية»(٦: ٢٩).

وكيليٌّ أو وزنيٌّ قُبِضَ إن وجدَ ببعضِهِ عيباً رُدَّ كلُّه أو أَخَذَه

لأنَّ الصَّفقةَ[١] إنَّما تتمُّ بالقبض، فقبلَ القبضِ لا يجوزُ[٢] تفريقُ الصَّفقة، وبعدَ القبضِ يجوز[٣].

(وكيليٌّ[٤] أو وزنيٌّ قُبِضَ[٥] إن وجدَ ببعضِهِ عيباً رُدَّ كلُّه أو أَخَذَه)

أمَّا إذا لم تكن إفرادُ أحدهما بالانتفاع: كزوجيِّ الخفِّ، ومصراعي الباب، فإنَّه يردُّهما أو يمسكُهما، حتى قال مشايخنا: إذا اشترى زوجي ثور فقبضهما فوجدَ بأحدهما عيباً، وقد أَلِفَ أحدُهما الآخرِ بحيث لا يعمل بدونه لا يملك ردّ المعيب خاصّة. كذا في «الكفاية»(١)، و«مجمع الأنهر»(٢).

[١]قوله: **لأنَّ الصفقة...الخ**؛ حاصله: إنَّ الصفقةَ لا تتمّ إلا بالآخر، فيكون ردّ أحدهما بدون الآخرِ تفريقاً قبل التمام، وهو منهيّ، فلا يجوزُ ردّ أحدهما، بل إن شاءَ أخذهما جميعاً، وإن شاء ردَّهما جميعاً.

[٢]قوله: **لا يجوز**؛ لأنَّ القبضَ مشابهٌ بالعقدِ من حيث أنَّ القبضَ يُثْبِتُ مِلكَ التصرّفِ واليد، كما أنَّ العقدَ يثبتُ مِلكَ الرقبة، والغرضُ من مِلكِ الرَّقبةِ مِلكُ التّصرّفِ واليد، فالتفريق في القبضِ كالتفريقِ في العقد، فلو قال البائع: بعت منك هذين العبدين، فقال المشتري: قَبِلت أحدهما، لم يجز، فكذا هاهنا لا يجوز.

[٣]قوله: **يجوز**؛ لأنَّ النهيَ ليس بواردٍ في تفريقِ الصفقة بعد تمامها، وليس فيه ضررٌ للبائعِ ولا للمشتري.

[٤]قوله: **وكيلي...الخ**؛ صورته: اشترى عشرةَ أقفزةٍ من الحنطة، أو عشرة أمناءٍ من السكر، فوجدَ ببعضها عيباً، فهو بالخيارِ إن شاءَ ردَّ كلَّه أو أخذَ كلَّه.

[٥]قوله: **قبض**؛ واعلم أنَّ المصنِّف ﷺ ذكرَ هذا القيدَ كما ذكره صاحبُ «الهداية»(٣)، وقد صرَّحَ في «الكافي» بأنّه سواءً كان قبلِ القبضِ أو بعده، وبالنَّظرِ إلى هذا التَّصريحِ لم يذكرْ هذا القيدَ في «المختصر» و«الكنْز»(٤).

(١) «الكفاية»(٦: ٣٠ - ٣١).

(٢) «مجمع الأنهر»(٢: ٥٠).

(٣) «الهداية»(٣: ٤١).

(٤) «كنز الدقائق»(ص١٠٠).

ولو استحقَّ بعضَه لم يَرُدَّ باقيه بخلافِ الثَّوب

لأنَّه إذا كان من جنسٍ واحد، فهو كشيءٍ واحدٍ[١]، وقيل[٢]: هذا إذا كان في وعاءٍ واحدٍ حتى لو كان في وعاءين، فهو بمَنْزلةِ عبدين، فيَرُدُّ الوعاءَ الذي فيه المعيب.

(ولو استحَقَّ بعضَه لم يَرُدَّ باقيه بخلافِ الثَّوب[٣]) لأنَّهُ لا يضرُّهُ التبعيض[٤]

وقال في «مجمع الأنهر»(١): «لو تركَه لكانَ أولى». لكن قال العلاَّمةُ العَيْنِيّ(٢) في فائدة هذا القيد: «إنّه إذا كان قبل القبض لا يتفاوتُ الحكم عندنا بين المكيلِ والموزونِ وغيرهما في أنّه لا يجوزُ تفريقُ الصفقةِ بردٌ المعيبِ خاصَّة، وأمّا إذا كان بعد القبضِ فيجوزُ تفريقُ الصَّفقةِ فيما عدا المكيلِ والموزون، وأمّا فيهما فلا يجوز». انتهى.

[١]قوله: **فهو كشيء واحد**؛ لأنَّ الماليّةَ والتقوّمَ في المكيلاتِ والموزوناتِ باعتبارِ الاجتماع والانضمام؛ إذ الحبَّةُ الواحدةُ ليست بمتقوّمةٍ حتى لا يجوزَ بيعها، وإذا كانت الماليَّة فيها باعتبارِ الاجتماعِ والانضمامِ صارَ الكلُّ في حقِّ البيعِ كشيء واحد؛ ولهذا يسمّى باسمٍ واحدٍ وهو: الكرّ ونحوه، وكان رؤيةُ بعضه كرؤية كلّه.

[٢]قوله: **وقيل هذا...**الخ؛ قال في «الكفاية»(٣): «وكان الفقيهُ أبو جعفرٍ ﷺ يفتي به ويزعمُ أنّه روايةٌ عن أصحابنا ﷺ، وقالوا: لا فرقَ بين ما إذا كان في وعاءٍ واحدٍ أو أوعيةٍ ليس له أن يردّ البعضَ بالعيب، وإطلاقُ محمَّدٍ ﷺ في الكتابِ يدلُّ عليه، وبه كان يقول شمّس الأئمّة السَّرَخْسِيّ ﷺ». انتهى.

[٣]قوله: **بخلافِ الثّوب**؛ فإنّه إذا كان المبيعُ ثوباً وقد قبضَهُ المشتري، ثمَّ استحقَّ بعضه، فللمشتري الخيارُ في ردّ ما بقي؛ لأنَّ التبعيضَ في الثوبِ عيب؛ لأنّه يضرُّ في ماليّته والانتفاع به كما صرَّحوا به.

[٤]قوله: **لأنّه لا يضرّه التبعيض**؛ والشَّركةُ في الكيليّ والوزنيّ لا تعدُّ عيباً، وهذا هو الجوابُ عن أن يقال: إذا كان المكيلُ والموزونُ كشيء واحدٍ يجبُ أن يكون له ردُّ الباقي إذا استحقَّ بعضه، كما في الثوب الواحد والعبد الواحد.

---

(١) «مجمع الأنهر»(٢: ٥٠).

(٢) في «البناية»(٦: ٣٦٠).

(٣) «الكفاية»(٦: ٣٢ - ٣٣).

....

والاستحقاقُ[١] لا يمنعُ تمامَ الصَّفقة؛ لأنَّ تمامَها برضا العاقدين، وهذا بعد القبض[٢] أمَّا لو استحقَّ البعضُ قبل القبض، فللمشتري حقُّ الفسخ في الباقي

[١]قوله: **والاستحقاق**...الخ؛ هذا جوابُ سؤالٍ مقدّر، تقريره: أن يقال: انتفاءُ الخيارِ في ردِّ ما بقي يستلزمُ تفريقَ الصفقة قبل التَّمام؛ لأنَّ تمامَها بالرضاء، والمستحقّ لم يكن راضياً، وتوجيهُ الجواب: أنَّ الاستحقاقَ لا يمنعُ تمامها؛ لأنّه برضاءِ العاقدِ لا المالك؛ لأنّ العقدَ حقُّ العاقد، فتمامُهُ يستدعي تمامَ رضائه، وبالاستحقاق لا ينتفي ذلك.

[٢]قوله: **وهذا بعد القبض**؛ تفصيلُهُ ما في «المنح»(١) نقلاً عن «الفصول العماديّة»: من أنّه إذا استحقَّ بعضَ المبيع فإنه ينظرُ إن استحقَّ قبل القبضِ بطلَ البيعُ في مقدارِ المستحقّ، والمشتري بالخيارِ في الباقي إن شاءَ رَضِيَ بحصّةٍ من الثمن وإن شاءَ ردَّ سواء كان استحقاقُ ما استحقَّ يورثُ العيبَ في الباقي أو لا يورث؛ لأنَّ الصفقةَ بالاستحقاقِ تفرَّقت على المشتري قبل التمام.

وكذلك إذا كان الاستحقاقُ بعد قبضِ البعضِ دون البعض، واستحقَّ المقبوضَ أو غير المقبوض، فالجوابُ على ما ذكرنا أنّه مخيّرٌ لتفريقِ الصفقةِ قبل التمام، ولو قبضَ الكلَّ ثمَّ استحقَّ بعضَه، فإنَّ المبيعَ في مقدارِ المستحقّ باطل.

ثمَّ ينظرُ إن كان استحقاقُ ما استحقَّ يورثُ عيباً في الباقي كما إذا كان المعقودُ عليه واحداً ممّا في تبعيضه ضرر كالدَّارِ والأرضِ والكرمِ والعبدِ ونحوها، فالمشتري بالخيارِ في الباقي إن شاءَ رضي بحصَّته من الثَّمن، وإن شاء ردّ.

وكذلك إذا كان المعقودُ عليه شيئين، وهما في الحكم كشيء واحد فاستحقَّ أحدُهما فله الخيارُ في الباقي.

وإن كان استحقاقُ ما استحقَّ لا يورثُ عيباً في الباقي، كما إذا كان المعقودُ عليه ثوبين أو عبدين فاستحقَّ أحدُهما، أو صُبْرة حِنطة، أو حَمْلَة وَزْنيّ، فاستحقَّ بعضَه، فإنّه لا ضررَ في تبعيضه فيلزمُ الباقي المشتريَ بحصَّته من الثمنِ وليس له الخيار.

(١) «منح الغفار»(ق٢: ٢٠/أ).

ومُداواةُ المعيبِ وركوبُهُ في حاجتِهِ رضاً، ولو ركبَ لردِّه أو لسَقْيِهِ أو لشراءِ عَلَفِه ولا بُدَّ له منه فلا

لتفرُّقِ الصَّفقةِ قبلَ التَّمام[١]، أمّا في الثَّوب فالتَّبعيض يضرُّه[٢]، فله الخيارُ في الباقي.

(**ومُداواةُ المعيبِ[٣] وركوبُهُ في حاجتِهِ رضاً، ولو ركبَ[٤] لردِّه أو لسَقْيِهِ أو لشراءِ عَلَفِه ولا بُدَّ له منه[٥] فلا[٦]**).

[١]قوله: **قبل التمام**؛ لأنَّ تمامَ الصفقةِ قد يحتاجُ إلى رضاء العاقدين، وقبضِ المبيع، وانتفاءُ أحدِهما يوجبُ عدم تمامها. كذا في «البناية»(١).

[٢]قوله: **فالتبعيضُ يضرّه فله**...الخ؛ قيل: إنّه حدثَ بالاستحقاقِ عيبٌ جديدٌ في المشترى، ومثله يمنعُ الردَّ بالعيب.

وأجيبَ: بأنّه ليس بحادثٍ في يدِ المشتري، بل كان في يدِ البائعِ وقتَ البيع حيث ظهرَ الاستحقاق فلا يكون مانعاً.

[٣]قوله: **ومداواةُ المعيب**؛ بأن كان المبيعُ المعيبُ عبداً مثلا، فداواه، ولو قال: والمداواة لكانَ أخصرَ وأشمل ما إذا كان العيبُ دواءً فداوى به نفسَه أو غيره بعد اطّلاعه على عيبٍ فيه.

وركوبُهُ في حاجته؛ احترازٌ عن ركوبِهِ لسقيهِ رضاءً؛ لأنّه دليلُ استبقائه وإمساكه.

قال في «البحر» نقلاً عن «الوَلْوَالجيّة»: «المداواةُ إنّما تكونُ رضاً بعيبٍ داواه، أمّا إذا داوى المبيعَ من عيبٍ قد بَرِئَ منه البائعُ، وبه عيبٌ آخر فإنه لا يمتنعُ ردّه». انتهى(٢).

[٤]قوله: **ولو ركب**...الخ؛ ولا فرقَ في الركوبِ بين أن يكون له منه بدّاً أو لا؛ لأنَّ في الركوب ضبطُ الدَّابة، وهو أحفظُ لها من حدوثِ عيبٍ آخر. كذا في «العناية»(٣).

[٥]قوله: **ولا بد له منه**؛ وهذا قيدٌ لازم، وذلك إمّا لصعوبتها أو لعجزِه، أو لكونِ العلف في عدل واحد، أمّا إذا كان له بدّ منه فهو رضاً. كذا في «الهداية»(٤).

[٦]قوله: **فلا**؛ أي لا يكون بهذه الأشياءِ رضاً بالعيب، أمّا الركوبُ للردّ فلأنّه

---

(١) «البناية»(٦: ٣٦٢).

(٢) من «البحر الرائق»(٦: ٧٠).

(٣) «العناية»(٦: ٣٤). قيّده البابرتي بأنه فرق فقط في الركوب للردّ، والله أعلم.

(٤) «الهداية»(٣: ٤١).

ولو قُطِعَ يدُهُ بعد قبضِه، أو قُتِلَ بسببٍ كان عند بائعِهِ ردَّه، وأَخَذَ ثَمَنَه

ولو قُطِعَ[١] يدُهُ بعد قبضِه، أو قُتِلَ بسببٍ كان عند بائعِهِ ردَّه، وأَخَذَ ثَمَنَه[٢])، الرَّدُّ[٣] في صورةِ القطع، أمَّا في القتلِ فلا رَدّ، بل أخذَ الثَّمَنَ عند أبي حنيفةَ ﷺ؛ لأنَّ هذا[٤] بمنْزلةِ الاستحقاق عنده

سببُ الردِّ، فيكون مفضياً إليه ومقرّراً، وأمّا الركوبُ لسقيهِ أو شراءِ علفه فللاحتياجِ إليه.

[١]قوله: ولو قطع...الخ؛ صورتُهُ: اشترى عبداً وكان قد سرقَ عند البائع، والمشتري لم يعلم به لا وقتَ الشِّراءِ ولا وقتَ القبض، وبعد القبضِ قطعتْ يدُهُ عند المشتري، فله أن يردَّهُ أو يأخذَ الثَّمنَ كلَّه، وهذا عند الإمام ﷺ. وعندهما يقوَّمُ ذلك العبدُ حالَ كونه سارقاً وغير سارق، فيرجعُ المشتري لفضلِ ما بينهما، هذا في القطع.

وأمَّا في القتلِ فصورته: إن اشترى عبداً حالَ كونه مباحَ الدَّم لقودٍ أو ردَّةٍ أو قطعِ طريق، والمشتري لا يعلمُ ذلك الحال، فقتلَ عنده، يرجعُ المشتري على البائع بكلِّ الثمنِ عند الإمام ﷺ. وقالا: يقوَّمُ ذلك العبدُ حال كونه مباحَ الدَّمِ ومعصومَ الدَّم فيرجعُ بفضل ما بينهما.

[٢] قوله: ردَّه وأخذَ ثمنَه؛ ظاهرُ كلامِ المصنّف ﷺ أنّه ليس بمخيَّرٍ بين إمساكِهِ والرُّجوعِ بنصفِ الثَّمن، وليس كذلك، بل مخيَّر، فله إمساكُهُ وأخذُ نصفِ الثّمن؛ لأنّه بمنْزلةِ الاستحقاقِ لا العيب، حتّى لو ماتَ بعد القطع حتفَ أنفِهِ رجعَ بنصفِ الثّمن كالاستحقاق. كذا في «مجمع الأنهر»(١)، وزيادةُ التَّفصيلِ في «الرمز»(٢)، و«البحر»(٣).

[٣]قوله: الرد؛ لَمّا كان قوله: ردّه وأخذَ ثمنه؛ جزاءً لقوله: لو قطعَ بعد قبضه أو قتلَ بسببٍ كان عند بائعه، والجزاءُ يترتَّبُ على الشرط، فالمتبادرُ أنَّ هذا الحكمَ يترتَّبُ على هاتين الصورتين، والأمرُ ليس كذلك، فالشَّارحُ ﷺ احتاجَ إلى التفصيلِ والبيان.

[٤]قوله: لأنّ هذا؛ أي استحقاقِ القطعِ أو كونه مباحَ الدمِ بمنزلة الاستحقاقِ عنده، فإذا ظهرَ مستحقّ يرجعُ بكلِّ الثمن، فكذلك هاهنا.

---

(١) «مجمع الأنهر»(٢: ٥١).

(٢) «رمز الحقائق»(٢: ٢١).

(٣) «البحر الرائق»(٦: ٧١).

ولو باعَ وبَرِئ من كلِّ عيبٍ صحَّ وإن لم يعدَّها

فأمَّا عندَهُما فيرجعُ بالنُّقصان؛ لأنَّ هذا[١] بمَنْزلة العيب، فيقوَّمُ بدونِ هذا العيب، ثمَّ بهذا العيبُ، فيضمنُ البائعُ تفاوتَ ما بينَهما كما إذا اشترى جاريةً حاملاً، فماتَتْ في يده بالولادة، فإنَّه يرجع بفضل ما بين قيمتِها حاملاً، وغيرَ حاملٍ، ولأبي حنيفةَ ﷺ إن سببَ الهلاكِ كان في يدِ البائع، فإذا هلكَ في يدِ المشتري يكونُ مضافاً إلى ذلك السَّبب[٢] بخلافِ الحملِ، فإنَّهُ ليس سبباً للهلاك[٣].

(ولو باعَ وبَرِئَ من كلِّ عيبٍ صحَّ وإن لم يعدَّها): وعند الشَّافِعِيّ(١) ﷺ لا يصحُّ[٤]

[١]قوله: لأنَّ هذا...الخ؛ أي لأنَّ هذا بمنزلةِ العيبِ الذي في يدِ البائع، واطَّلعَ المشتري عليه، وتعذَّرَ الردّ، فإذا ظهرَ مثلُ ذلك العيب يرجعُ بنقصانِ العيب؛ بأن يقومَ عبدٌ قد وجبَ عليه القطع، وعبداً لم يجبْ عليه القطع، فيرجعُ بإزاءِ النقصانِ من الثمن.

[٢]قوله: يكون مضافاً إلى ذلك السّبب؛ لأنَّ السببَ الموجودَ عند البائعِ أوجبَ استحقاقَ الفعل، واستحقاقه أوجبَ وجوده، ووجودُه أوجبَ فوته، فصارَ ذلك مضافاً إليه بهذه الوسائط.

[٣]قوله: ليس سبباً للهلاك؛ فإنَّ السببَ الذي كان عند البائع يوجبُ انفصالَ الولدِ لا موتَ أمّه، بل الغالبُ عند الولادة السلامة، بسببِ الهلاك، هو المرضُ المتلف، وهو حصلَ عند المشتري لا عند البائع.

[٤]قوله: لا يصحّ؛ البراءة من كلِّ عيب، ما لم يفصِّل بأنّه عن كذا وكذا، فالبيعُ بشرطِ البراءة عن كلِّ عيبٍ فاسد، وفي رواية: البيعُ صحيح، والشرطُ باطل. كذا في «العناية»(٢).

---

(١) في «المنهاج»(٢: ٥٣): ولو باع بشرط براءته من العيوب، فالأظهر أنه يبرأ عن عيب باطن بالحيوان لم يعلمه دون غيره. وينظر: «الأم»(٧: ١٠٥)، و«مغني المحتاج»(٢: ٥٣)، وغيرها.
(٢) «العناية»(٦: ٣٩).

بناءً على أصلِهِ أن البراءةَ عن الحقوقِ المجهولةِ لا يصحُّ عنده[1]، وعندنا يَصِحُّ[2] إذ إسقاطُ المجهولِ لا يَضُرُّه؛ لأَنَّهُ لا يفضي إلى المنازعة، ثُمَّ هذه البراءةُ[3] تشملُ العيبَ الموجود، وأيضاً العيبَ الحادثَ قبلَ القبضِ عند أبي يوسف[4] رضي الله عنه، وعند محمَّدٍ رضي الله عنه لا تَشْمَلُ العيبَ الحادثَ[5].

[1]قوله: لا يصحّ عنده؛ لأنَّ في الإبراء معنى التمليك، حتى أنَّ ربَّ الدَّين إذا أبرأ المديونَ عن دينه فردّ المديونُ إبراءه لم يصحَّ الإبراء، وتمليكُ المجهولِ لا يصحُّ كبيعِه، وبه قال أحمد رضي الله عنه.

[2]قوله: وعندنا يصحّ...الخ؛ تقريرُهُ: أنَّ الإبراءَ عندنا إسقاطٌ لا تمليك؛ لأنّه لا يصحُ تمليكُ العين بهذا اللَّفظ، ويصحُّ الإبراءِ بقوله: أسقطتُ عنك ديني، ويتمُّ الإبراءِ بلا قَبول، كما لو طَلَّقَ نسوته، أو أعتقَ عبيده ولا يدري كم هم ولا أعيانهم، والإسقاطُ لا تبطلُهُ الجهالة؛ لأنّها لا تفضي إلى المنازعة، وزيادةُ التَّفصيلِ في «الفتح»(1).

[3]قوله: هذه البراءة؛ إنّما قال: هذه البراءةُ احترازاً عن البراءةِ التي شرط البائع في قوله على أنّه بريء من كلِّ عيبٍ به، فإنّه لا يبرأ عن الحادث بالإجماع؛ لأنّه لمّا قال به اقتصر على الموجود. كذا في «البناية»(2).

[4]قوله: عند أبي يوسف رضي الله عنه؛ وذكره مع الإمام رضي الله عنه في «المبسوط»(3)، وفي «الخانيّة»(4): إنّه ظاهر مذهبهما؛ لأنَّ المرادَ لزومُ العقدِ بإسقاطٍ عن صفةِ السّلامة، وذلك بالبراءةِ عن الموجود والحادث.

[5]قوله: لا تشملُ العيبَ الحادث؛ إذ المقصودُ هو البراءةُ عن العيبِ الموجودِ لا على العموم، فلا يدخلُ المعدوم هذا، والتفصيل في «البحر»(5)، وغيره من المبسوطات.

---

(1) «فتح القدير»(٦: ٣٩).
(2) «البناية»(٦: ٣٧٢).
(3) «المبسوط»(١٣: ٩٣).
(4) «الفتاوى الخانية»(٢: ٢١٦).
(5) «البحر الرائق»(٦: ٧٢).

باب البيع الفاسد[1]

[1]قوله: **باب البيع الفاسد**؛ اعلم أنَّ البيعَ على أنواع:

١. صحيح: وهو المشروعُ بأصله ووصفه.
٢. وباطل: وهو ضدّهُ ولا يفيدُ الملكَ بوجه.
٣. وفاسد: وهو المشروعُ بأصله دون وصفه، ويفيدُ الملكَ إذا اتَّصلَ به القبض.
٤. ومكروه: وهو المشروعُ بأصله ووصفه، لكن جاوره شيء منهيٌّ عنه.
٥. وموقوف: وهو المشروعُ بأصله ووصفه، ويفيدُ الملكَ على سبيلِ التوقّف، ولا يفيدُ تمامه؛ لتعلّق حقّ الغير.

ثمّ إنَّ المصنّف ﷺ أخّرَ الفاسدَ عن الصحيح، لِمَا أنّه مخالفٌ للدِّين؛ ولكونه لا ينقطعُ به حقٌّ كلٌّ من البائعِ والمشتري؛ لثبوتِ الفسخ لهما، بل يجبُ عليهما. وقدَّم الصحيح؛ لأنّه موصلٌ إلى تمامِ المقصود، وهو سلامةُ الدين التي لها شرعت العقود؛ ليندفعَ التغالب، وللوصول إلى الحاجة الدنيويّة، وكلٌّ منهما بالصحّة.

وإنّما عنونَ بالفاسد مع أن فيه بيانُ الباطلِ والمكروهِ والموقوفِ أيضاً؛ لكثرةِ البيعِ الفاسدِ بتعدُّدِ وقوعِ أسبابه، أو المرادُ بالفاسدِ الممنوعُ مجازاً عرفيّاً، فيعمُّ الباطلَ والمكروه، وقد يذكرُ فيه بعض الصحيحِ تبعاً واستطراداً.

والفاسدُ لغة: من فَسَدَ كنَصَر وعَقَدَ وكَرَمَ فساداً ضدّ صلح، والفسادُ في الحيوانِ أسرعُ منه إلى الجماد؛ لأنَّ الرُّطوبةَ في الحيوانِ أكثرُ من الرطوبة في النبات، وحاصلُ المعنى اللغويّ يرجعُ إلى أنّه ما تغيَّرَ وصفُهُ وأمكنَ الانتفاعُ به، فإنّه يقال: فسدَ اللَّحْم، إذا أنتنَ مع بقاءِ الانتفاعِ به.

وفيه مناسبةٌ للمعنى الشرعيّ: وهو ما كان مشروعاً بأصله لا بوصفه، ومرادُهم من مشروعيَّة أصله كونه مالاً متقوَّماً لا جوازه وصحّته؛ لأنَّ فسادَهُ يمنعُ صحَّته، وأطلقوا المشروعيةَ عليه نظراً إلى أنّه لو خلا عن الوصف لكان مشروعاً، وفي النسبةِ بينه وبين الباطلِ مباحثُ لطيفة تركناها لغرابةِ المقام، وإن شئتَ فارجعْ إلى مبسوطاتِ الأعلام.

بطلَ بيعُ ما ليس بمال: كالدَّم والميتةِ والحرِّ، والبيعُ به، وكذا

بطلَ[١] بيعُ ما ليس بمال: كالدَّم[٢] والميتةِ[٣] والحرِّ[٤]، والبيعُ به[٥]، وكذا[٦]

[١]قوله: بطل؛ قدَّم البيعَ الباطل؛ لأنه لا يفيدُ الملكَ أصلاً، ففيه خطرٌ عظيم.

[٢]قوله: كالدَّم؛ أصله، وفي تثنيته: دميان، وجمعه دماء. كذا في «البحر»(١)، والمرادُ به المسفوحُ احترازاً عن الكبدِ والطّحال، فإنّ بيعهما جائز.

[٣]قوله: والمَيْتة؛ - بفتح الميم وسكون الياء -: هي التي ماتتَ حتفَ أنفها، لا بسبب، والمَيتةُ - بفتحِ الميم، وتشديدِ الياءِ المكسورة -: هي التي ماتت بسبب غير الذكاة، كالمنخنقة والموقوذة، والقسمُ الأوّل ليس بمالٍ عند المسلمين أهل الذّمّة اتّفاقاً، والقسمُ الثّاني ليس بمالٍ في حقِّ المسلمين اتّفاقاً، وفي حقّ أهلِ الذمَّة روايتان، كذا ذكره الطحطاوي في «حاشية الدر المختار»(٢).

وقال في «البحر»(٣): إنَّ فيما لم يمت حتفَ أنفه بل لسبب غيرِ الذكاة روايتين بالنِّسبة للكافر، في رواية: الجواز، وفي رواية: الفساد، وأمَّا البطلانُ فلا، وأمّا في حقّنا فالكل سواء.

[٤]قوله: والحرُّ؛ الظاهر أنّه معطوفٌ على الدّم، لكن قال في «جامع الرموز»: «إنّه كان مالاً في شريعةِ يعقوب ﷺ حتى استرقَ السارقُ على ما قالوا. كما في «شرح التأويلات» وغيره، فلا يقال: إنّه لم يكن مالاً عند أحد». انتهى(٤). فينبغي أن يكون معطوفاً على ما ليس بمال.

[٥]قوله: والبيع به؛ أي بيعُ الشيء بواحدٍ من هذه الأشياء، وهي الميتةُ والدمُّ والحرّ، أعني جعلَهُ ثمناً بإدخالِ الباء عليه، كأن يقول: بعتُ هذا الثوبَ بهذهِ الميتةَ مثلاً.

[٦]قوله: وكذا...الخ؛ أي كما أنَّ بيع الدم والميتةِ والحرّ باطلاً، فكذا بيعُ هؤلاء باطلٌ أيضاً، لكن ليس كبطلانِ بيعِ الحرّ، فإنّه باطلٌ ابتداءً وبقاء؛ لعدمِ محلّية المبيع بثبوتِ حقيقة الحريّة، وبيعُ هؤلاءِ باطل بقاءً لحقِّ الحريّة لا ابتداء؛ لعدمِ حقيقتها، ولهذا

---

(١) «البحر الرائق»(٦: ٧٧).

(٢) «حاشية الطحطاوي»(٣: ٦٣).

(٣) «البحر الرائق»(٦: ٧٧).

(٤) من «جامع الرموز»(٢: ١٨).

بيعُ أمِّ الولدِ والمدبَّرِ والمكاتَب، وبيعُ مالٍ غيرِ متقوَّم: كالخمرِ والخنْزيرِ بالثَّمَن

بيعُ أمِّ الولدِ[1] والمدبَّرِ والمكاتَب، وبيعُ مالٍ غيرِ متقوَّم[2]: كالخمرِ والخنْزيرِ بالثَّمَن).

اعلم أنَّ المالَ عينٌ يجري فيه التَّنافس والابتذال، فيخرجُ منه التُّرابُ(1) ونحوه[3]

جازَ بيعهم من أنفسِهم.

وبهذا التقريرِ بطلَ ما قيل: لو بطلَ بيعُ هؤلاءِ لكان كبيعِ الحرّ، ولزمَ بطلانُ بيعِ القنِّ المضمومِ إليهم في البيعِ كالمضموم إلى الحرّ؛ وذلك لأنّهم دخلوا في البيع ابتداءً لكونهم محلاً له في الجملة، ثمَّ خرجوا منه؛ لتعلُّقِ حقِّهم، فبقيَ القنُّ بحصَّتِه من الثمن، والبيعُ بالحصَّةِ بقاءً جائزٌ بخلافِ الحرّ، فإنّه لَمّا لم يدخلْ في البيعِ لعدمِ المحليّة، لزمَ البيعُ بالحصَّةِ ابتداءً وأنّه باطل. كذا في «المنح»(2)، فالتشبيهُ في نفسِ البطلانِ لا في وصفه.

[1]قوله: أمِّ الولد...الخ؛ أمُّ الولد: هي الأمةُ التي وطئها سيِّدُها ووضعت الحمل منه، والسيِّدُ ادَّعاه، فالولدُ الذي وُلِدَ صارَ حُرّاً إذا وُلِدَ تبعاً للأب، وهذه الأمةُ تصيرُ معتقةً بعد موتِ السيِّد، وإن لم يقل به.

والمدبَّر: هو العبدُ الذي قال له سيِّده: إذا مِتُّ فأنت حُرّ.

والمكاتب: هو العبدُ الذي قال له مولاه: إن أدّيت إليَّ من دراهم كذا فأنت حرّ، وحكمه: أنّه لو أدّاهُ عتق، ويصيرُ بالكتابةِ حرّاً أبداً، فيفعلُ البيعَ والشراء، ويحصِّلُ المال، لكنّه مملوكٌ رقبةً ما لم يؤدِّ كلَّ المال.

[2]قوله: غير متقوّم؛ أي غيرُ مباحِ الانتفاعُ به، والتقوّم ضربان:

عرفي: وهو بالإحراز، فغيرُ المحرزِ كالصيدِ والحشيش ليس بمتقوّم.

وشرعيّ: وهو بإباحةِ الانتفاع. كذا في «التلويح»(3)، والثاني هو المرادُ هاهنا منفياً.

[3]قوله: فيخرجُ منه التراب ونحوه؛ كالعذرةِ الخالصة، أمَّا بيعُ السِّرقين، والبَعْر

---

(1) أي القليل ما دام في محلّه، وإلاّ فقد يعرض له بالنقل ما يصير به مالاً معتبراً ومثله المال، وأيضا نحو حبة من حنطة والعذرة الخالصة، بخلاف المخلوطة بتراب، ولذا جاز بيعها كسرقين. ينظر: «رد المحتار»(٥: ٥١).

(2) «منح الغفار»(ق٢: ٢٤/ب).

(3) «التلويح»(١: ٣٢٧).

والدَّمُ والميتةُ التي ماتت حتفَ أَنْفِه[١].

أمَّا الميتةُ التي خُنِقَتْ[٢]، أو جُرِحَتْ في غيرِ موضِعِ الذَّبح كما هو عادةُ بعضِ الكفارِ وذبائحِ المجوسِ فمالٌ[٣]، إلاَّ أنَّها غيرَ متقوَّمةٍ، كالخمرِ والخِنْزير.

ويخرجُ منه الحُرُّ؛ لأنَّهُ لا يجري فيه الابتذال، بل هو مبتذلٌ.

والمالُ الغيرُ المتقوَّمُ مالٌ أُمِرْنا بإهانتِه، لكنَّهُ في غيرِ ديننا مالٌ متقوَّمٌ.

فكلٌّ ما ليس بمالٍ فالبيعُ فيه باطلٌ[٤] سواءٌ جُعِلَ مبيعاً أو ثمناً.

وكلُّ ما هو مالٌ غيرُ متقوَّم، فإن بيعَ بالثَّمن - أي بالدَّراهم أو الدَّنانير - فالبيعُ باطلٌ[٥]، وإن بيع بالعَرَض أو بيع العَرَضُ به فالبيعُ فاسدٌ[٦].

والانتفاعُ به، والوقود به، فجائز. كذا في «البحر»(١) عن «السراج»، والمرادُ بالتُّرابِ الخالص، أمّا إذا اختلطَ برجيعٍ جازَ بيعُهُ كما صرّحوا به.

[١]قوله: حتفَ أنفه؛ في «الصراح»: حتف مرگ حتوف ج، يقال: مات فلانٌ حتفَ أنفِه: إذا ماتَ من غيرِ قتلٍ ولا ضرب، ولا يبنى منه فعل.

[٢]قوله: خنقت؛ خنقَ بكسر النون: خبه كردن. كذا في «الصراح»، وخبه: بفتح أوّلٍ وثاني: خفه است كه كلو فشرون باشد وتاسه وتلواسه لا نيز كويند. كذا في «البرهان»، والأوّل هو المراد.

[٣]قوله: فمال؛ لأنّها أعيانٌ يجري فيها التنافس، والابتدالُ بين الكفّار؛ لكونها من مطعوماتهم ومرغوباتهم، لكنها غير منتفعةٍ بها في حقّنا؛ لأنَّ الشريعةَ المصطفويةَ أظهرت مضّارها وأذاها، فنحنُ ممنوعون عن الانتفاعِ بها.

[٤]قوله: باطل؛ لانعدامِ ركنِ البيع، وهو مبادلةُ المالِ بالمال، فإنَّ هذه الأشياءَ لا تعدُّ مالاً فلا تكونُ محلاً للبيع.

[٥]قوله: فالبيع باطل؛ لأنَّ المقصودَ من البيعِ عينُ المبيع؛ لأنّها هي المنتفعُ بها لا عين الثمن؛ لأنّها جعلت وسيلةً إليه؛ ولهذا يجوزُ ثبوتُهُ في الذمّة، وإذا جُعِلَت الخمرُ مثلاً مبيعةً تكون مقصودة، وفيه إعزاز، والشرعُ أمرنا بإهانتها؛ ولهذا يبطل بيعها.

[٦]قوله: فالبيع فاسد؛ في العرض فيملكُهُ بالقبض، فتجبُ قيمتُهُ لوجودِ حقيقة

---

(١) «البحر الرائق»(٦: ٧٧).

وبيعُ قنٍّ ضمَّ إلى حُرٍّ، وذكيَّةٍ ضُمّتْ إلى ميتةٍ

فالباطلُ هو الذي لا يكونُ صحيحاً بأصلِهِ ووصفِه.

والفاسدُ هو الصَّحيحُ بأصلِهِ لا بوصفِه.

وعند الشَّافِعِيّ ﷺ لا فرقَ بينَ الباطلِ والفاسد، وتحقيقُ هذا في أصول الفقهِ[1](١).

(وبيعُ قنٍّ[2] ضمَّ إلى حُرٍّ، وذكيَّةٍ ضُمّتْ إلى ميتةٍ

البيع، وهو مبادلةُ المال بالمال، فإنَّ الخمرَ عند البعض مال، ولا يملك الخمرُ لبطلانِ البيعِ في الخمر، حتى لو هلكت عند المشتري لا يضمن؛ لأنّها غير متقوّمة عند الشرع. كذا في «مجمع الأنهر»(٢).

[1]قوله: وتحقيقُ هذا في أصولِ الفقه؛ قال الأصوليّون: الباطلُ عبارةٌ عن ما يقابلُ الصّحيح، والصحَّةُ في العبادات: عبارةٌ عن استحقاقِ الثوابِ وسقوطِ القضاء وموافقة أمرِ الشارع.

وفي المعاملات: عبارةٌ عن ترتُّب الآثارِ المطلوبة من ذلك الفعل عليه: كالملك، فالبطلان في العباداتِ عبارةٌ عن عدمِ استحقاقِ الثواب، وعدم سقوطِ القضاء، وعدم موافقةِ الأمر، وفي المعاملات: عبارةٌ عن خروجِ ذلك الفعلِ الباطلِ عن السببيّةِ للثمرات المطلوبة منه.

[2]قوله: وبيع قنّ... الخ؛ لأنّ الحرَّ غيرُ داخلٍ في البيعِ أصلاً، بكونه غير مال، وبضمّه إلى القِنِّ جُعِلَ شرطاً لقبولِ القِنّ، وجعلَ غيرَ المالِ شرطاً لقبولِ المبيع فبطلَ البيع، وكذا الميتة.

وعندهما: يصحُّ البيعُ في العبدِ والذكية إن بَيَّنَ الثمن؛ لأنَّ الصفقة متعددة معنىً بتفصيلِ الثمن، والفساد بقدرِ المفسد، فلا يتعدّده كما لو جمعَ بين أخته وأجنبيّة بالنّكاح، هذا ولا يذهب عليك أنَّ هذا التنظير ليس بمحلّه؛ لأنّ النّكاحَ لا يبطل بالشروط المفسدة، والبيعُ ليس كذلك، فتأمّل(٣).

---

(١) ينظر: «التوضيح»(١: ٤٢١)، و«البحر المحيط»(٢: ٢٥)، و«الكوكب المنير»(ص١٤٨)، وغيرها.

(٢) «مجمع الأنهر»(٢: ٥٤ -٥٥).

(٣) ينظر: «مجمع الأنهر»(٢: ٥٤).

وإن سَمَّى ثمنَ كلٍّ واحد. وصحَّ في قِنٍّ ضُمَّ إلى مُدَبَّرٍ، أو قِنِّ غيرِهِ بحصَّتِه

وإن[1] سَمَّى ثمنَ كلٍّ واحد.
وصحَّ[2] في قِنٍّ ضُمَّ إلى مُدَبَّرٍ، أو قِنِّ غيرِهِ بحصَّتِه): لأنَّ[3] المُدَبَّرَ مَحَلٌّ للبيع عند البعض(١)، فبطلانُهُ لا يسري إلى غيره

[١]قوله: وإن؛ لم يسمّي، فائدةُ هذا القيدِ أنَّ في صورةِ عدمِ التسميةِ بطلَ البيعُ اتّفاقاً؛ لأنّه إذا لم يسمِّ ثمنَ كلٍّ منهما، صارَ العقدُ بيعاً بالحصّةِ ابتداء، وهو لا يجوزُ بجهالةِ الثمن.

[٢]قوله: صح...الخ؛ خلافاً لزفر ﷺ؛ فإنّه لا يصحُّ البيع عنده؛ لأنَّ محلَّ العقدِ المجموع، ولا يتصوّر ذلك لانتفاءِ المحليّة في المدبَّر ونحوه: كأمِّ الولد، والمكاتَب، وقد جعلَ قَبول العقدِ فيه شرطاً لصحَّة العقد في المال، فيفسدُ كما في الصُّورة السابقة.

ولنا: إنَّ بيعَ المدبَّرِ وأمِّ الولدِ جائزٌ بالقضاء، وبيعُ المكاتَبِ برضائه كما ثبتَ في موضعه، فيصيرُ محلاً للبيع، فدخلوا ابتداءً في العقد، ثمَّ خرجوا عنه؛ لاستحقاقِهم أنفسهم باتِّصالِ الحريَّة بهم من وجه، فصارَ جمع العبدِ مع كلٍّ منهم بمنزلةِ بيعِ عبدين استحقَّ أحدهما، وبيعُ قنِّ الغير يجوزُ موقوفاً فيصيرُ محلاً للبيع.

[٣]قوله: لأنّ...الخ؛ فإنَّ الشافعيّ ﷺ قال: بجوازِ بيعه وغيره من التصرُّفات، وبه قال أحمد ﷺ لِمَا رويَ عن جابرٍ ﷺ أنَّ رجلاً أعتقَ على ماله عن دُبُر منه، فاحتاجَ فأخذَه النبيُّ ﷺ فقال: «مَن يشتريه منِّي، فاشتراهُ نعيم بن عبد الله بكذا وكذا، فدفعَه إليه»(٢)، متَّفقَ عليه.

وعن أحمدَ ﷺ: إنّما يجوزُ إذا كان على سيِّدِه دين.

وعند مالك ﷺ: لا يجوزُ بيعُه حال الحياة، ويجوزُ بعد المماتِ إذا كان على مولاه دين.

وعندنا: لا يباعُ ولا يوهب؛ لقوله ﷺ: «المدبَّرُ لا يباعُ ولا يوهب، وهو حرٌّ من

---

(١) مثل الشافعي ﷺ كما في «الأم»(٧: ٢٥٧).

(٢) في «صحيح البخاري»(٢: ٧٥٣)، و«صحيح مسلم»(٣: ١٢٨٩).

كملك ضُمَّ إلى وقفٍ في الصَّحِيح. وفسدَ بيعُ العَرَضِ بالخمر، وعكسه

(كملك[1] ضُمَّ إلى وقفٍ في الصَّحِيح.

وفسدَ بيعُ العَرَضِ بالخمر، وعكسه): أي البيعُ فاسدٌ في العَرَضِ حتى يَجِبَ قيمَتُهُ عند القبض، ويُمْلَكُ هو بالقبض، لكنَّ البيعَ في الخمرِ باطلٌ حتى لا يُمْلَكَ عينُ الخمر.

ثلثِ المال»، أخرجَه الدَّارَقُطْنِيُّ(١) من حديثِ ابنِ عمرَ ﷺ؛ ولأنَّ التدبيرَ سببُ الحريَّة؛ لأنَّ الحريَّةَ تثبتُ بعد الموت، ولا سببَ غيره.

ثـمَّ جعلَه سبباً في الحال أَوْلَى لوجوده في الحال، وعدمه بعد الموت؛ لكونه كلاماً عرضاً لا يبقى، فتعيَّنَ أن يكون سبباً في الحال، وان شئت زيادةَ التفصيل في هذا المقامِ فارجعْ إلى شروح «الكَنْز»، وحواشي «الهداية»(٢).

[١]قوله: كملك...الخ؛ أي كما صحَّ البيعُ في ملكٍ ضُمَّ إلى وقفٍ في الصحيح بالنَّظرِ إلى أصله الذي هو حبسُ العينِ على ملكِ الواقف، فحينئذٍ يجوزُ بيعُ الملك المضمومِ إليه بحصّته، وقيل: لا يصحّ.

ونقلَ في «مجمع الأنهر» عن «الفرائد»: «هذا في غير المسجد، أمَّا في المسجدِ فلا يصحُّ في الملكِ المضمومِ إليه، فلذا لا يصحُّ بيعُ قريةٍ لم يستثنِ منها المساجد والمقابر، وفيه كلام؛ لأنّه يصحُّ في الملكِ بصرفِ الكلامِ إلى الاستثناءِ المعنويّ، وهو الأصحّ، كما في «المحيط»»(٣).

وقال العلاَّمةُ العَيْنِيُّ في «شرح الكَنْز»: «وأمّا في الملك والوقف، فروايتان: في رواية: تفسدُ في الملك؛ لأنَّ البيعَ لا ينعقد على الوقف، فصار كما لو جمعَ بين عبدٍ وحرّ، ذكره الفقيهُ أبو اللَّيثِ في «نوازله».

والأصحُّ أنّه يجوزُ في الملك؛ لأنَّ الوقفَ مال؛ ولهذا ينتفعُ به انتفاعُ الأموال،

---

(١) في «سننه»(٤: ١٨٣)، وقال: لم يسنده غير عبيدة بن حسان، وهو ضعيف، وإنّما هو عن ابن عمر ﷺ موقوف. ومثله في «سنن البيهقي الكبير»(١٠: ٣١٤)، وفي «مصنف ابن أبي شيبة» (٤: ٣٢٥) عن شريح: المدبَّر لا يباع.

(٢) «فتح القدير»، و«العناية»(٦: ٤٥ -٤٦).

(٣) انتهى من «مجمع الأنهر»(٢: ٥٤).

ولم يجزْ بيعُ سمكٍ لم يُصَد، أو صيدَ وأُلْقِيَ في حَظِيرَةٍ لا يُؤْخَذُ منها بلا حِيلَةٍ، وصحَّ إن أُخِذَ منها بلا حِيلَةٍ إلاَّ إذا دخلَ بنفسِه ولم يُسَدَّ مدخلُهُ

(ولم يجزْ بيعُ سمكٍ لم يُصَد، أو صيدَ وأُلْقِيَ في حَظِيرَةٍ[1] لا يُؤْخَذُ منها بلا حِيلَةٍ، وصحَّ[2] إن أُخِذَ منها بلا حِيلَةٍ إلاَّ إذا[3] دخلَ بنفسِه ولم يُسَدَّ مدخلُهُ)

غير أنّه لا يباعُ لأجلِ حقٍّ تعلَّق؛ وذلك لا يُوجِبُ فسادَ العقدِ فيما ضمَّ إليه كالمدبَّر ونحوه بخلاف المسجد، حيث يبطلُ العقدُ فيما يضمُّ إليه؛ لأنّه ليس بمال، فصار كالحرّ، ولو باعَ قريةً ولم يستثنِ المساجد والمقابر لم يصحّ لما ذكرنا». انتهى[1].

وقال شيخنا العلامة الطَّحْطَاويّ: «وقال الشيخُ زينُ في «البحر»[2]: ولا يشكل؛ أي على بطلانِ الملكِ إذا انضمَ إلى مسجدٍ عامر ما في «المحيط» من أنّه لو باعَ قريةً ولم يستثنِ ما فيها من المساجدِ والمقابرِ فالأصحُّ الصحَّةُ في الملك؛ لأنَّ ما فيها من المساجدِ والمقابرِ مستثنى عادة، أفاده العلاّمة نوح ﷺ، وما في «البحر» أولى؛ لأنَّ المعلومَ بالعرف كالمشروط». انتهى[3]. والله أعلم بالصواب.

[1]قوله: في حَظِيرة؛ قال في «المصباح المنير»: «يقال: لِمَا حَظَرَ به على الغنمِ وغيرِها من الشَّجر؛ ليحفظَها ويمنعَها حَظِيرة، وجمعها حظائر». انتهى[4]. وفي «المنتخب»: حظيرة: جاي كه خرما خشك كنند ومحوطه از جوب دني كه ازبر؛ أي حيوانات سازذ. انتهى. وهكذا في «منتهى الأرب».

[2]قوله: وصحَّ...الخ؛ لأنّه ملكه ومقدور التسليم، ويثبتُ للمشتري خيارُ الرؤية، ولا يعتدُّ برؤيته في الماء؛ لأنّه يتفاوتُ في الماء وخارجه، صرّح به العلاّمةُ الزَّيْلَعِيّ[5].

[3]قوله: إلاَّ إذا...الخ؛ استثناءٌ منقطعٌ من قوله: «صحَّ إن أخذ منها بلا حيلة»، وقال في «البحر»: «وإذا دخلَ السمكُ الحظيرةَ باحتياله ملكَه، وكان بيعُهُ على

(١) من «رمز الحقائق»(٢: ٣٠).

(٢) «البحر الرائق»(٦: ٩٨).

(٣) من «حاشية الطحطاوي»(٣: ٦٦).

(٤) من «المصباح المنير»(ص١٤٢).

(٥) في «التبيين»(٤: ٤٥).

....

حتى ولو دخلَ بنفسِهِ وسُدَّ مدخلُه[١] يجوزُ بيعُه؛ لأَنَّ سَدَّ المدخلِ فعلٌ اختياريٌّ موجب للملك[٢] فيصيرُ مُحْرَزاً.

واعلم أنَّهُ نَظَمَ[٣] كثيراً من المسائلِ في سلكٍ واحد، وقال: لم يجزْ، لكن لم يُبَيِّنْ أنَّ البيعَ باطلٌ أو فاسدٌ، وأنا أُبَيِّنُ ذلك إن شاء الله تعالى:

ففي السَّمكِ الذي لم يُصَدْ ينبغي أن يكونَ البيعُ فيه باطلاً إذا كان بالدَّراهمِ والدَّنانيرِ، ويكونُ فاسداً[٤] إذا كان بالعَرَض؛ لأنَّه مالٌ غيرَ متقوَّمٍ؛ لأَنَّ التَّقَوُّمَ بالإحراز

التفصيل: أي إذا سلَّمه صحَّ وإلاَّ لا، وقيل: لا مطلقاً؛ لعدمِ الإحراز، والخلافُ فيما إذا لم يهيّئها، فإن هيّأها ملكَهُ إجماعاً، فإن اجتمعَ بغيرِ صنعه لم يملِكْه سواءٌ أمكنَه أخذُهُ من غيرِ حيلةٍ أو لا». انتهى(١).

[١]قوله: وسدّ مدخله؛ حتى صارَ بحيث لا يقدر على الخروج، فقد صارَ آخذاً له، بمنزلةِ ما لو وقعَ في شبكةٍ فيجوزُ بيعه.

[٢]قوله: موجبٌ للملك؛ كما لو وقعَ في شبكتِه، وفي «شرح الوافي»: لا يجوزُ بيعُه؛ لأنَّ السدَّ ليس بإحراز، فصارَ كطيرٍ وقعَ في بيتِ إنسان، فسدَّ البابَ والكوّة؛ فإنّه لا يصيرُ محرزاً له ما لم يأخذه. ذكره العلاَّمة الطَّحْطَاوِيّ(٢) عن العلاَّمة نوح ﷺ.

[٣]قوله: نظم...الخ؛ شبَّه المسائلَ باللآلئ، والعبارةَ بالسلك، والذِّكرُ بالنظم، ولا يخفى لطفُهُ على مَن له مذاقٌ من علمِ المعاني والبيان.

[٤]قوله: فاسداً؛ وفيه بحث؛ لأنّه بيعُ معدوم، والمعدومُ ليسَ بمال، فينبغي أن يكونَ بيعُهُ باطلاً، صرَّحَ به العلاَّمةُ الشاميّ(٣)، وقال الزاهدي في «شرح مختصر القُدُورِي»: أمّا إذا اجتمعت بنفسها فبيعها باطل كيفما كان؛ لعدمِ الملك، وعلى هذا صرَّح به الماهرون(٤).

---

(١) من «البحر الرائق»(٦: ٧٩).

(٢) في «حاشيته»(٣: ٦٧).

(٣) في «رد المحتار»(٤: ١٠٦).

(٤) ينظر: «مجمع الأنهر»(٢: ٥٥)، و«حاشية الشلبي»(٤: ٤٥).

ولا بيعُ

ولا إحرازَ فيه(١).

وأمَّا السَّمكُ الذي صيد وأُلْقِيَ في حَظِيرَةٍ، لا يُؤْخَذُ منها بلا حِيلَةٍ ينبغي أن يكون البيعُ فيه فاسداً؛ لأَنَّهُ مالٌ مملوكٌ، لكنَّ في تسليمِهِ عسرٌ.

(ولا بيعُ[١]

[١]قوله: ولا بيعُ طيرٍ في الهواء؛ سواء أرسلَه من يدِه أو لا، وذكرَ الإمام التُّمُرْتَاشِيُّ: ولو باعَ طائراً يذهبُ ويجيءُ كالحمام، الظَّاهرُ أنّه لا يجوز، وفي «فتاوى قاضي خان»: «وإن باع طيراً يطيرُ في الهواء إن كان ذا جناح يعودُ إلى بيته، ويقدرُ على أخذه من غيرِ تكلّفٍ جازَ بيعُه وإلاَّ فلا». انتهى(٢)، وهكذا في «التنوير»(٣) وغيره.

ووجهُه: أنَّ المعلومَ عادة كالواقع، وتجويزُ كونها لا تعود، أو عُرُوض عدمِ عودِها لا يَمْنَعُ جوازَ البيعِ كتجويزِ هلاكِ المبيعِ قبل القبض، ثمَّ إذا عرضَ الهلاكُ انفسخ، كذا هاهنا إذا فُرِضَ وقوع عدم المعتادِ من عودها قبل القبضِ انفسخ. كذا في «الفتح»(٤).

وأوردَ عليه: إنَّ مَن شرط صحة البيعِ القدرةُ على التسليمِ عقبه؛ ولذا لم يجز بيعُ الآبق.

(١) وقع الاختلاف في بطلان أو فساد بيع السمك الذي لم يسد بالعرض، فوافق صدر الشريعة صاحب «الدرر»(٢: ١٧٠)، و«الدر المختار»(٤: ١٠٦)، و«الشرنبلالية»(٢: ١٧٠)، وغيرهم، قال بالبطلان صاحب «مجمع الأنهر»(٢: ٥٤)، وابن عابدين إذ قال في تحرير هذه المسألة في «رد المحتار»(٤: ١٠٦): الحاصل أنه لو باع سمكة مطلقةً بعرض ينبغي أن يكون البيع باطلاً من الجانبين كبيع ميتة بعرض أو عكسه، ولو كانت السمكة معيّنة بطل فيها؛ لأنّها غير مملوكة وفسد في العرض؛ لأن السمكة مال في الجملة، ومثلُها ما لو كان البيع على لحم سمك؛ لأنه مثليٌّ، ولو باعَها بدراهم بَطَلَ البيعُ لتعيُّن كونها مبيعة، وهي غير مملوكة، هذا ما ظهر لي في تقرير هذا المحل، ولم أر من تعرض لشيء منه.

(٢) من «الفتاوى الخانية»(٢: ١٥٢-١٥٣).

(٣) «تنوير الأبصار»(ص١٣٠).

(٤) «فتح القدير»(٦: ٥٨).

طيرٍ في الهواءِ. وبيعُ الحمل والنُّتَاج

طيرٍ[١] في الهواءِ[٢]): فينبغي أن يكونَ باطلاً كبيع[٣] الصَّيدِ قبلَ أن يصطاد.

(وبيعُ الحمل والنُّتَاجِ[٤]): ينبغي[٥] أن يكونَ باطلاً؛ لأنَّ النِّتاجَ معدومٌ، فلا يكون مالاً، والحملُ مشكوكُ الوجود، فلا يكون مالاً.

وأجيبَ: بأنَّ جوازَ بيعِها إذا كانت معتادةً تعود، لا ينافي القدرةَ على التسليم، فإنّها إذا كان العودُ عادتُها كانت مقدورةَ التَّسليم، ودعوى القدرة على التَّسليمِ عقبَ العقدِ غيرُ لازمة، فإن فرضَ عدمَ عودِها بعد العقدِ بسرعة انفسخَ البيع، والآبقُ معتادُ العودِ عادة، فالفرقُ بيِّن.

[١]قوله: طير؛ جمع طائر، وقد يقعُ على الواحد، والجمعُ طيورٌ وأطيار، والطّيران محركة: حركةُ ذي الجناحِ في الهواءِ بجناحيه. كذا في «القاموس»(١)، وغيره.

[٢]قوله: في الهواء؛ هو بالمدّ؛ الجسمُ المسخَّرُ بين السماءِ والأرض، والجمعُ أهوية، وقد قيل: إنّه الدنيا، ويقال على الشيءِ الخالي.

[٣]قوله: كبيع...الخ؛ كما يبطلُ بيعُ الصيدِ قبل أن يأخذه؛ لكونِهِ غيرُ مملوكِ الأخذ، وأمّا لو باعَ بعد الأخذِ جازَ إن كان في يدِهِ أو محبوساً في مكانٍ يمكنُ أخذُهُ من غيرِ حيلة، وان لم يمكن إلا بالحيلةِ فلا يجوز، صرَّحَ به الزَّيْلَعِيُّ في «شرح الكَنْز»(٢).

[٤]قوله: وبيع الحمل والنتاج؛ الحملُ ما في البطن، والنتاجُ ما يحملُ هذا الحمل، وهو المرادُ من حبلِ الحبلة في الحديث(٣)، وقد كانوا يعتادونَ ذلك في الجاهليةِ فأبطلَ النَّبيُّ ﷺ ذلك بالنّهي. كذا في «الكفاية»(٤).

[٥]قوله: ينبغي...الخ؛ وفي «الدار» جعل بيعَ النتاجِ باطلاً، وبيعَ الحملِ فاسداً؛ لأنَّ عدمَ الأوَّلِ مقطوعٌ به، وعدمُ الثَّاني مشكوكٌ فيه، وجزم في «البحر»(٥) ببطلانِ بيعِ الحملِ أيضاً؛ لنهيه ﷺ عن المضامينِ والملاقيحِ وحبلِ الحبلة، ولما فيه من الغرر، فالحكمُ

---

(١) «القاموس»(٢: ٨٢).

(٢) «تبيين الحقائق»(٤: ٤٦).

(٣) في «صحيح البخاري»(٢: ٧٥٣)، و«صحيح مسلم»(٣: ١١٥٣)

(٤) «الكفاية»(٦: ٥٠).

(٥) «البحر الرائق»(٦: ٨٠).

والّلَبَنُ في الضَّرع

(واللَّبَنُ في الضَّرعِ[١]) : ذَكَروا فيه علّتين[٢] :

أحدهما : إنَّه لا يُعْلَمُ أنَّه لَبَنٌ ، أو دَمٌ ، أو ريحٌ ، فعلى هذا يبطلُ البيعُ ؛ لأنَّه مشكوكُ الوجود ، فلا يكونَ مالاً .

والثَّانيةُ : إنَّ اللَّبَنَ يُوجَدُ شيئاً فشيئاً ، فَمُلْكُ البائع[٣] يختلطُ بملكِ المشتري.

فيهما واحد ، واختارَه المصنِّف ﷺ.

[١]قوله : في الضَّرع... الخ ؛ بالفتح : يستان. كذا في «منتهى الأرب» ، وقال في «المصباح» : «الضَّرعُ لذات الظِّلْف كالثَّدي للمرأة ، والجمعُ ضُرُوع ، مثل فَلْس وفُلُوس». انتهى(١).

[٢]قوله : علّتين ؛ بل أربع علل ؛ فالإثنان منها ما ذكرَهُ الشَّارحُ ﷺ.

والثالثةُ : المنازعةُ في كيفيّة الحلب ، فإنّ المشتري يستقصي في الحلب ، والبائعُ يطالبُهُ بأن يتركَ داعية اللَّبن.

والرَّابعةُ : ما روى الشافعيُّ ﷺ عن ابن عبَّاسٍ ﷺ إنّه كان ينهى عن بيعِ اللَّبنِ في ضَرعِ الغنم ، والصوفِ على ظهرها ، ورويَ مرفوعاً ، وقال العلاَّمة الشُّمُنِّي(٢) : لكنَّ الصَّحيحَ أنّه موقوف.

وفي «نصب الراية»(٣) : روى الطَّبَرَانِيُّ في «معجمه» عن ابنِ عبَّاسٍ ﷺ قال : «نهى رسولُ اللهِ ﷺ أن يباعَ ثمرة حتى تطعم ، ولا يباعُ صوفٌ على ظهره ، ولا لبنٌ في ضَرع»(٤) ، وروى ابنُ أبي شَيْبَةَ في «مصنفه» بسنده عن عكرمةَ عن النبيِّ ﷺ : «إنّه نهى أن يُباعَ لبنٌ في ضَرع ، أو سمنٌ في لبن». انتهى.

[٣]قوله : فملك البائع...الخ ؛ واختلاطُ المبيع بما ليس بمبيعٍ من ملكِ البائع على وجهٍ يتعذَّرُ تمييزُهُ مبطلٌ للبيع. كذا في «العناية»(٥).

---

(١) من «المصباح»(ص٣٦١).

(٢) في «كمال الدراية»(ق٣٩١).

(٣) «نصب الراية»(٤ : ١١).

(٤) في «المعجم الأوسط»(٤ : ١٠١) ، قال الهيتمي في «مجمع الزوائد»(٤ : ١٠٢) : «رجاله ثقات».

(٥) «العناية»(٦ : ٥٠).

والصُّوفُ على ظهرِ الغنم، وجذعٌ في سَقْفٍ، وذراعٌ من ثوبٍ ذُكَرَ قَطْعَهُ أو لا

(**والصُّوفُ على ظهرِ الغنم**): لأنَّهُ[١] يقعُ التَّنازعُ في موضعِ القطع، وكلُّ بيعٍ يُفْضِي إلى المنازعةِ فاسدٌ.

(**وجذعٌ في سَقْفٍ**[٢]، **وذراعٌ من ثوبٍ ذُكَرَ قَطْعَهُ أو لا**): فإنَّ البيعَ فيهما فاسدٌ[٣]، والمرادُ ثوبٌ يضرُّهُ القطعُ[٤]

[١]قوله: **لأنّه**...الخ؛ ولأنَّ الصوفَ من أوصافِ الحيوانِ قبل الجَزّ، فلم يَجُزْ جعلُهُ مقصوداً بإيراد العقد عليه؛ ولأنّه يثبت من أسفل، فيختلطُ المبيع بغيره، والاختلاطُ مبطلٌ للبيعِ بخلافِ القوائم، فإنّها تزيدُ من أعلاها فلا يلزم الاختلاط والتفصيل في «العنايه»(١).

وهذان الدَّليلانِ يفيدان بطلان البيع، كما هو مختارُ بعضهم، ودليلُ الشَّارحِ ﷺ يفيدُ فسادَهُ كما اختارَه البعض.

[٢]قوله: **وجذعٍ في سقف**؛ اعلم أنَّ بيعَ الجذعِ في السَّقفِ لا يخلو إمَّا أن يكونَ معيّناً أو غير معيَّن، فإن كان معيَّناً مغلطة عدمُ جوازِ بيعه لزومِ الضَّررِ في التَّسليم، وإن كان غيرَ معيَّن، فَعِلَّةُ عدمِ جوازِ بيعِهِ لزومُ الضَّرر، وجهالةُ الجذع، وكلٌّ منهما علَّةٌ لفسادِ البيع؛ فلهذا لم يقيِّد المصنّف ﷺ في الجذع بالتعييب.

والجِذْع: بكسر الجيم، وسكون الذال المعجمتين: تنئه خرما بن وجزآن. كذا في «منتهى الأرب»، وقال في «النهر»: الجِذْعُ: القطعةُ من النَّخلِ وغيره توضعُ عليها الأخشاب، وخصَّه صاحبُ «القاموس»(٢) بالنخل.

[٣]قوله: **فاسد**؛ لأنّه لا يمكنُ تسليمُهُ إلا بضررٍ لم يوجبه العقدُ، ومثله لا يكون لازماً، فيتمكّن من الرجوع، وتتحقَّقُ المنازعة، وبهذا التَّقريرِ يندفعُ ما يقال: إنَّ هذا الضَّررَ مرضي به، فينبغي أن لا يكون مفسداً. كذا في «الدرر»(٣).

[٤]قوله: **والمرادُ ثوبٌ يضرُّهُ القطعُ**؛ كالقميصِ ونحوه، وإن كان لا يضرُّه القطعُ كالكرباسِ جازَ بيعُ ذراعٍ منه كالقفيزِ من الصبرة.

(١) «العناية»(٦: ٥٠ -٥١).

(٢) «القاموس»(٣: ١٢).

(٣)«درر الحكام»(٢: ١٧٠).

ويعودُ صحيحاً إن قُلِعَ، أو قطعَ الذِّراعِ قبلَ فسخِ المشتري، وضربةُ القانص، والمُزَابنةُ: وهي بيعُ الثَّمرِ على النَّخيلِ بتمرٍ مَجْذُوذٍ مثلَ كيلِهِ خَرْصاً

(ويعودُ صحيحاً إن قُلِعَ، أو قطعَ الذِّراعِ قبلَ فسخِ المشتري)(١): لأنَّ المفسدَ[١] قد زال.

(وضربةُ القانص[٢])(٢): وهي ما يَحْصُلُ من الصَّيدِ بضربِ الشَّبكةِ مرَّةً، وهذا البيعُ ينبغي أن يكونَ باطلاً كما ذكرنا في الطيرِ في الهواء.

(والمُزَابنةُ[٣]: وهي بيعُ الثَّمرِ[٤] على النَّخيلِ بتمرٍ مَجْذُوذٍ مثلَ كيلِهِ خَرْصاً[٥])

[١]قوله: لأنَّ المفسد؛ وهو عدمُ إمكانِ التَّسليمِ إلا بضررٍ لم يوجبه العقد.

[٢]قوله: وضربة القانص؛ ضربةُ الشَّبكةِ على الطائرِ ألقاها عليه، ومنه «نهي عن ضربةِ القانص»، وهو الصّائد، وفي «تهذيب الأزهري»: عن ضربةِ الغائص: وهو الغواصّ على اللآلئ، وذلك أن تقول للباصر: أغوص لك غوصةً فما أخرجت.

[٣]قوله: والمزابنة؛ من الزبن، وهو الدّفع، وإنّما سمّي هذا البيعُ مزابنةً؛ لأنّه يؤدّي إلى النِّزاعِ والدفاع، ويقال للنَّاقةِ إذا كانت تدفع حالبها: زبون.

[٤]قوله: بيع الثمر...الخ؛ الأوَّل بالثاءِ المنقوطةِ بالثلاث، والثَّاني بالتّاء المثناة الفوقانية؛ لأنَّ ما على النخيلِ لا يسمَّى تمراً بل رطباً، وإنّما التمرُ المجذوذ، والثمرُ هو العام كما صرّحوا به.

[٥]قوله: خرصاً؛ أي من حيث الظنّ لا من حيثُ الكيلِ الحقيقيّ أو الوزنُ

---

(١) حاصل المسألة: إذا باع جذعاً في سقف أو ذراعاً من ثوب: يعني ثوباً يضرُّه التبعيض كالقميص لا الكِرباس، فالبيع لا يجوز ذكر القطع أو لا، إذ لا يمكنه التسليم إلاّ بضرر لم يوجبه العقد، ومثله لا يكون لازماً فيتمكن من الرجوع وتتحقق المنازعة، وبهذا التقرير يندفع ما يقال إن هذا الضرر مرضي به، فينبغي أن لا يكون مفسداً ولو لم يكن الجذعُ معيَّناً لا يجوزُ للزوم الضرر وللجهالة أيضا، ولو قطع البائع الذراع أو قلع الجذع قبل أن يفسخ المشتري عاد البيع صحيحاً لزوال المفسد قبل التقرر. ينظر: «الدرر»(٢: ١٧٠).

(٢) القانص أو الغائص: وهو الصائد، بأن يقول: بعتك ما يخرج من إلقاء هذه الشبكة مرة بكذا. وهو بيع باطل؛ لعدم ملك البائع المبيع قبل العقد فكان غرراً ولجهالة ما يخرج. ينظر: «مجمع الأنهر»(٢: ٥٦).

والمُلامَسةُ، وإلقاءُ الحَجَر، والمُنابَذةُ: وهي أن يتساوَما سلعةً لَزِمَ البيعُ إن لمسَها المشتري، أو وضعَ عليها حصاةً، أو نبذَها البائعُ إليهِ

مثلَ كيله: حالٌ من الثَّمرِ على النَّخيلِ، وخرصاً: تميزٌ عن المثلِ: أي يكون الثَّمرُ على النَّخيلِ مثلاً بطريقِ الخَرْصِ لكيلِ الثَّمرِ المَجْذُوذِ، فهذا البيعُ من البيوعِ الفاسدةِ لشبهةِ الرِّبا[١].

(والمُلامَسةُ[٢]، وإلقاءُ الحَجَر، والمُنابَذةُ[٣]: وهي أن يتساوَما سلعةً لَزِمَ البيعُ إن لمسَها المشتري، أو وضعَ عليها حصاةً، أو نبذَها البائعُ إليهِ): فهذه البيوعُ فاسدةٌ

الحقيقيّ؛ لأنّه لو وجدَ الكيلُ الحقيقيُّ في البدلينِ لم يبقَ الثَّمرُ على رؤوسِ النخيل، بل يكون تمراً مجذوذاً كالذي يقابلُهُ من المجذوذ. كذا في «النهاية».

[١]قوله: لشبهة الربا؛ لأنّه باعَ مكيلاً بمكيلٍ من جنسه، ففيه احتمالُ الرّبا، ونهى رسولُ الله ﷺ عن هذا البيع، كما أخرجَه البُخاريّ(١) ومسلمٌ(٢) عن أبي سعيدٍ الخُدَري، وعن عطاء بن أبي رباح، عن جابرٍ بن عبد الله رضي الله عنه.

[٢]قوله: والملامسة؛ قال في «المغرب»(٣): بيعُ الملامسةِ واللماس أن يقول لصاحبِه: إذا لمسْتُ ثوبكَ أو لمستَ ثوبي وجبَ البيع. وفي «المنتقى» عن الإمام هي أن أقول: أبيعُك هذا المتاع هكذا، فإذا لمستُكَ فقد وجبَ البيع، أو يقول المشتري كذلك. كذا في «حاشيةِ شيخنا الطحطاويّ على الدر المختار»(٤).

[٣]قوله: والمنابذة؛ قال في «منتهى الأرب»: منابذة: بر خود يجيدن هرد وفريق درجنكَ وكفتن انبذ إلي الثوب أو انبذه إليك، وقد وجبَ البيعُ هكذا، وكذا يابهم اندانتن بسوى يكد يكر جامه هم ما نندر ايا كفتن كسى راكه اكَر من دستك اندازم بيع واجب باشد. انتهى.

وفي «حاشية الطحطاويّ»: «المنابذة: أن يقول: إذا نبذتُه إليك، أو يقول

---

(١) في «صحيحه»(٢: ٢٧٣).
(٢) في «صحيحه»(٣: ١١٧٤).
(٣) «المغرب»(ص٤٢٩).
(٤) «حاشية الطحطاوي»(٣: ٦٩).

ولا بيعُ ثَوْبٍ مِن ثوبينِ إلاَّ بشرطِ أن يأخذَ أيُّهما شاء، ولا المراعي، ولا إجارتُها

لأنَّ انعقادَ البيعِ متعلّقٌ بأحدِ هذه الأفعالِ، فيكونُ كالقمار[1].

(**ولا بيعُ ثَوْبٍ مِن ثوبينِ**[2] **إلاَّ بشرطِ**[3] **أن يأخذَ أيُّهما شاء، ولا المراعي، ولا إجارتُها**): بيعُ المراعي: أي الكلأُ[4] باطلٌ؛ لأنَّه غيرُ محرزٍ[5]، وأمَّا إجارتُها

المشتري: إذا نبذته إليَّ فقد وجبَ البيع». انتهى(١).

[١]قوله: **كالقمار**؛ وهو في عرف زماننا كلُّ لعبٍ يشترطُ فيه غالباً أن يأخذَ الغالبُ من المتلاعبين شيئاً.

[٢]قوله: **ولا بيعُ ثوبٍ من ثوبين**؛ لجهالةِ المبيعِ جهالةً تفضي إلى المنازعةِ لتفاوتِ الأثواب، فإنَّ البائعَ لا يدري ما يسلّم، والمشتري لا يدري ما يستلم.

[٣]قوله: **إلا بشرط...الخ**؛ بأن قال: بعتكَ واحداً منهما على أنَّكَ بالخيار، تأخذُ أيهما شئت، فإنّه يجوزُ استحساناً، وقد مرَّ بيانه في بابِ خيارِ الشَّرط.

[٤]قوله: **الكلأ**؛ وهذا من قبيلِ إطلاقِ المحلِّ على الحال، وإنّما قال: أي الكلأ؛ لان لفظ المرعى معناهُ موضعُ الرعي، وهو الأرض، فلو لم يفسّره بذلك؛ لتوهّم أنَّ بيعَ الأرضِ وإجارتها غيرُ جائز، وليس كذلك.

والكلأ: كجبلِ العشبِ رطبة ويابسة. كما في «القاموس»(٢)، ويدخلُ فيه جميعُ أنواعِ ما ترعاهُ المواشي رطباً كان أو يابساً بخلاف الأشجار؛ لأنَّ الكلأ ما لا ساقَ له، والشجرُ له ساق، فلا تدخلُ فيه حتى يجوز بيعها إذا نبتت في أرضه؛ لكونِها ملكه، والكماءة كالكلأ. كذا في «البحر»(٣).

[٥]قوله: **لأنّه غيرُ محرز**؛ لأنَّ الشركة فيه ثابتةٌ بالنصّ، وهو قوله ﷺ: «المسلمونَ

---

(١) من «حاشية الطحطاوي»(٣: ٧٠).

(٢) «القاموس»(١ : ٢٧).

(٣) «البحر الرائق»(٦ : ٨٣).

....

فلأنّها[1] إجارةٌ على استهلاكِ عينٍ.

شركاءُ في ثلاثة: في الماء، والكلأ، والنار»[1] رواهُ أحمد، وأبو داود، وابنُ ماجة، وزادَ فيه: «وثمنه حرام»، وهو محمولٌ إذا لم يحرزه.

ومعنى الشَّركة في النَّار: الاصطلاءُ بها، وتخفيف الثيابِ لا أخذَ الجمر إلا بإذنِ صاحبه.

وفي الماء: الشُّربُ وسقيُ الدَّوابّ، والاستسقاءُ من الآبارِ والحياضِ والأنهارِ المملوكة.

وفي الكلأ: الاحتشاشُ ولو في أرضٍ مملوكة، غير أنَّ لصاحبِ الأرضِ المنعَ من دخولِه، ولغيرِه أن يقول: إنَّ لي في أرضِكَ حقّاً، فإمّا أن توصلني إليه أو تحشّهُ أو تَسْتَقِي وتدفعُهُ لي، وصارَ كثوبِ رجلٍ وقعَ في دارِ رجل، إمَّا أن يأذنَ للمالكِ في دخولِه ليأخذه، وإمَّا أن يخرجَه إليه، والتفصيلُ في «الفتح»[2].

ومحلُّ ما ذكرَ إن لم يحرز الماءَ بالاستقاءِ في آنية، ولم يحرزْ الكلأ بقطعه، أمّا إذا أحرزَا جازَ بيعَهما؛ لأنّه بالإحرازِ ملكهما.

ومحلُّه أيضاً فيما إذا نبتَ بنفسه، فأمَّا إذا سقى الأرضَ وأعدّها للإنباتِ فنبت، فإنّه يجوزُ بيعُه؛ لأنّه ملكه، كما في «الذخيرة»، و«المحيط» و«النوازل»، وهو مختارُ الصدرِّ الشهيدِ وعليه الأكثرون، ومنعَ القُدُورِيُّ بيعَه. كذا في «البحر»[3]، وغيره.

[1]قوله: فلأنّها...الخ؛ أي لأنّ الإجارة عقدت على استهلاكِ عينٍ غيرِ مملوك، ولو عقدتْ على استهلاكِ عينٍ مملوكٍ؛ بأن استأجرَ بقرةً ليشربَ لبنَها لا يجوز، فهذا أولى. كذا في «الهداية»[4]، فعدمُ جوازِ الإجارة لمعنيين:

١. وقوعها في غير مملوك.

٢. واستهلاك العين.

---

(١) في «مسند أحمد»(٥: ٣٦٤)، و«سنن أبي داود»(٣: ٢٧٨)، و«سنن ابن ماجة»(٢: ٨٢٦)، قال ابن حجر في «تخليص الحبير»(٣: ٦٥): حديث ابن ماجه سنده صحيح

(٢) «فتح القدير»(٦: ٥٦).

(٣) «البحر الرائق»(٦: ٨٤).

(٤) «الهداية»(٣: ٤٤).

ولا النَّحلُ إلاَّ مع الكُوّارة

(ولا النَّحلُ إلاَّ مع الكُوّارة[1])، الكُّوارة: بالضَّمِ والتَّشْدِيدِ: مَعْسَلُ النَّحلِ إذا سُوِّي من طينٍ، وهذا عند أبي حنيفةَ وأبي يوسفَ ﷺ، فينبغي أن يكونَ البيعُ باطلاً عندهما؛ لعدمِ المالِ المُتَقَوَّمِ[2]، وعندَ مُحَمَّدٍ(١) والشَّافِعِيِّ[3](٢) ﷺ يجوزُ إذا كان محرزاً.

وقال في «البحر»: «والحيلةُ في جوازِ إجارته أن يستأجرها أرضاً لإيقافِ الدوابِّ فيها، أو لمنفعةٍ أُخرى بقدرِ ما يريدُ صاحبُهُ من الثمنِ أو الأجرة، فيحصلُ به غرضُهما». انتهى(٣).

[١]قوله: الكُوّارة؛ في «منتهى الأرب»: «كُوّاره: خم مانندليت ازشاخ درخت يا ازكَل درون تهي تنكَ سربراى عسل نهاون زنوران ياخانه زنور كه دروي عسل نهد». انتهى.

[٢]قوله: لعدم المال المتقوَّم؛ لأنّه من الهوامِّ المَخُوفة من الأحناش، فإنّ الانتفاعَ ما يحصلُ منهُ لا بعينِه، فقيل: حصولُ ما يحصل منه لا يكون منتفعاً به.

[٣]قوله: وعند محمّد والشافعي ﷺ؛ ومالك وأحمد ﷺ: يجوزُ بيعُهُ وحدَه إذا كان محرزاً مجموعاً، مقدورَ التَّسليم؛ لأنّه حيوانٌ ينتفعُ به، ويتحوّل فيصحُّ بيعُه، وإن لم يؤكل: كالحمارِ والبغل؛ ولأنّ جوازَ البيعِ للحاجةِ إلى الانتفاع، والانتفاعُ يكون بواسطةٍ وبلا واسطة.

وفي «الذخيرة»: الفتوى على قولِ محمّد ﷺ، وهكذا في «المنح»(٤)، و«الدر المختار»(٥)، وأمّا جوازُ بيعِ النَّخلِ مع الكُوّارة، فذكرَ القُدُوريُّ في «شرحه»: لو باعَ

---

(١) والفتوى على قول محمد ﷺ كما في «الدر المختار»(٤: ١١١)، و«رمز الحقائق»(٢: ٢٥)، و«مجمع الأنهر»(٢: ٥٨)، و«الدر المنتقى»(٢: ٥٨)، وغيرها.

(٢) ينظر: «الغرر البهية»(٢: ٤٠٣)، و«حاشية ابن قاسم العبادي على تحفة المحتاج»(٤: ٢٤٢)، و«حاشيتا قليوبي وعميرة»(٢: ١٩٩)، وغيرها.

(٣) من «البحر الرائق»(٣: ٨٤).

(٤) «منح الغفار»(ق٢: ٢٨).

(٥) «الدر المختار»(٤: ١١١).

ودودُ القزِّ وبيضُه. والآبقُ إلاّ ممّن زعمَ أنّه عندَه

(ودودُ القَزِّ وبيضُه)، فعند أبي حنيفة ﷺ بيعهما باطل[١]، وعند أبي يوسفَ ﷺ يجوزُ[٢] إن ظَهَرَ القَزُّ تِبْعَاً، وإلا لا، وعند محمدٍ ﷺ يجوزُ مطلقاً[٣].

(والآبقُ[٤] إلاّ ممّن زعمَ أنّه عندَه)

كُوّارة فيها عسل بما فيها من النَّحلِ يجوزُ عندهما تبعاً له، كما لو باعَ الشُّربَ مع الأرض.

وأنكرَ الكرخيُّ ﷺ جوازَ بيعِ النَّحلِ مع العسل، وقال: الشيءُ إنّما يدخلُ في العقدِ تبعاً لغيره إذا كان من حقوقه: كالشربِ مع الأرض والتبع هنا ليس من حقوقِ المتبوع. كذا في «كمال الدراية»(١).

[١]قوله: **بيعهما باطل**؛ أمَّا بيعُ القزّ؛ فلأنّه من الهوامّ، وأمّا بيعُ بيضه؛ لأنّه غير منتفعٍ به باعتبارِ ذاته، بل باعتبارِ غيره، وذلك الغيرُ معدومٌ في الحال، وفي وجوده في المآل خطر.

[٢]قوله: **يجوزُ**؛ بيعه إن ظهرَ القزُّ منه، فيجوزُ تبعاً له، وفي البيضِ عن أبي يوسف ﷺ قولان:

١. في قول: يجوزُ بيع بيضه مطلقاً؛ لمكانِ الضَّرورة، وهو مع محمَّد ﷺ.
٢. وفي قول: لا يجوز؛ وهو مع الإمام ﷺ فيه.

[٣]قوله: **يجوزُ مطلقاً**؛ أي سواءٌ ظهرَ منه القزُّ أو لا، وهو قولُ مالكٍ والشافعيّ وأحمد ﷺ، واختيارُ الصدرِ الشَّهيد، وعليه الفتوى، كما صرَّحَ به العَيْنِيُّ(٢)، وغيرُه من الكبار.

[٤]قوله: **والآبق**؛ أي لا يجوزُ بيعُه، لما رواهُ ابنُ ماجه في «سننه»: عن أبي سعيدٍ الخُدريّ ﷺ: «إنَّ النَّبيّ ﷺ نهى عن شراءِ ما في بطونِ الأنعام حتى تضع، وعن بيعِ ما في ضروعِها، وعن شراء العبد وهو آبق، وعن شراءِ المغانمِ حتى تُقْسَم، وعن شراء

---

(١) «كمال الدراية»(ق٣٩٣ -٣٩٤).
(٢) في «الرمز»(٢: ٢٦).

زَعَمَ: أي قال، فهذا بيعُ فاسدٌ[١]؛ لوجودِ المالِ المُتقوَّمِ إلاَّ أنَّهُ لا قُدرةَ على تسليمِهِ، فإذا قال المشتري: إنَّه عندي فحينئذٍ يجوزُ[٢].

الصَّدقاتِ حتى تُقْبَض، وعن ضربةِ الغائص»[١]، ولعجزه عن التسليم.

[١] قوله: فاسد؛ وصرَّحَ بفسادِ هذا البيعِ في «الدار» وغيره أيضاً، لكن قال في «البحر»[٢]: ولو باعَهُ ثمَّ عادَ من الإباقِ لا يتمُّ ذلك العقد؛ لأنّه وقعَ باطلاً؛ لانعدام المحليّة؛ كبيعِ الطَّيرِ في الهواء، وعن أبي حنيفة ﷺ: إنّه يتمُّ العقدُ إذا لم يفسخ، وهكذا يروى عن محمّد ﷺ. كذا في «الهداية»[٣]، والأوَّلُ ظاهرُ الرِّواية وبه كان يُفْتي أبو عبد الله البَلْخيّ ﷺ. كما في «الذخيرة».

ورجّح في «فتح القدير»[٤] القولُ بالفسادِ بعد حكايةِ الخلافِ فيه، بقوله: «والوجهُ عندي أنَّ عدمَ القدرةِ على التَّسليمِ مفسدٌ لا مبطل». انتهى.

وفي «منح الغفّار»[٥]: «ومما يقوّى به القولُ بالفسادِ صحة إعتاقه وتدبيره، وهو دليل بقاء المحلّ ولو فات المحلّ لَمَا جازَ، وبهذا القول أخذ الكرخيّ ﷺ وجماعةٌ من مشايخنا. كما في «العناية»[٦]، و«فتح القدير»[٧]». انتهى.

وفيه بحث؛ لأنَّ الإعتاقَ إبطالُ الملكِ فلا نُسلّم تواه بالإباق، وأما البيعُ فإثباتِ الملكِ للمشتري والتوى ينافيه فلا يثبت. كذا في «الكفاية»[٨].

[٢]قوله: فحينئذٍ يجوز؛ لأنّ المنهيَّ بيعُ آبقٍ في حقّ المتعاقدين، وهو غيرِ آبقٍ في

(١) «سنن ابن ماجة»(٢: ٧٤٠)، قال البيهقي في «سننه الكبير»(٥: ٣٣٨) بعد روايته: وهذه المناهي وإن كانت في هذا الحديث بإسناد غير قوي فهي داخلة في بيع الغرر الذي نهى عنه في الحديث الثابت عن رسول الله ﷺ.

(٢) «البحر الرائق»(٦: ٨٦).

(٣) «الهداية»(٣: ٤٥).

(٤)«فتح القدير»(٦: ٦٠).

(٥) «منح الغفار»(ق٢: ٢٧/أ).

(٦) «العناية»(٦: ٥٩).

(٧) «فتح القدير»(٦: ٥٩).

(٨) «الكفاية»(٦: ٦٠).

ولَبَنُ امراةٍ في قَدَحٍ

(ولَبَنُ امراةٍ في قَدَحٍ)، إنَّما قال[١] في قَدَحٍ؛ لأنَّ بيعَ اللَّبنِ في الضَّرعِ قد ذُكِر، فلبنُ المرأةِ إنَّما يبطلُ بيعُهُ؛ لأنَّه من أجزاءِ الآدمي[٢]، فلا يكونُ مالاً، وفيه خلافُ الشَّافِعِي[٣] ﷺ. وعند أبي يوسفَ[٤](١) ﷺ يجوزُ بيعُ لَبَنِ الأمةِ اعتباراً[٥]

حقُّ المشتري؛ ولأنّه لما انتفى العجزُ عن التسليم؛ لكونه مقبوضاً، فانعدمَ المانع.

[١]قوله: إنّما قال...الخ؛ حاصله: أنّه لو لم يذكر القدحَ لتوهّم أنّه يجوزُ بيعُهُ إذا كان في القدح، وإنّما لا يجوزُ بسبب كونه في الثدي كما هو الحكمُ في ألبانِ سائرِ الحيوانات إذا باعَهُ وهو في الضرعِ لا يجوز، وإذا كان في القدحِ أو في غيره من الإناء يجوز.

[٢]قوله: لأنّه من أجزاء الآدميّ؛ بدلالة أنَّ الشرعَ أثبتَ به حرمة الرّضاعِ لمعنى البعضيّة، والآدميُّ بجميعِ أجزائه مكرَّم مصونٌ عن الابتذالِ في البيع، فلا يكونُ مالاً؛ لأنَّ المالَ ما خلقَ لمصلحةِ الآدميّ ممّا يجري فيه الشحّ والفتنة، ومحلّ البيعِ هو المال، حتى لا ينعقدَ في غيره أصلاً.

[٣]قوله: وفيه خلافُ الشّافِعِيِّ ﷺ؛ فإنّ عنده يجوزُ بيعُه؛ لأنّه مشروبٌ طاهر، والجوابُ أنَّ المرادَ به إمّا كونه مشروباً مطلقاً، أو في حالِ الضَّرورة، والأوّلُ ممنوع؛ لأنّه إذا استغنى عنه حرمَ شربه، والثاني: مسلّم؛ لأنّه غذاءٌ عند الضّرورة وليس بمال، فلا يجوزُ بيعه. كذا في «البناية»(٢).

[٤]قوله: وعند أبي يوسف ﷺ؛ قال في «الهداية»: «ولا فرقَ في ظاهرِ الرِّواية بين لبنِ الحرَّة والأمة، وعن أبي يوسفَ ﷺ أنّه يجوزُ بيعُ لبنِ الأمة». انتهى(٣). فلو قال الشارح: وعن أبي يوسفَ ﷺ لكانَ أولى.

[٥]قوله: اعتباراً...الخ؛ حاصله: أنَّ اللَّبنَ متولّدٌ من الأمة فيكونُ جزءاً منها، وإيرادُ العقد على نفسها جائز، فكذا على جزئها هذا.

---

(١) وهو المختار للفتوى كما في «مختار الفتاوى»، ينظر: «الفتاوى الهندية»(٣: ١٦٦)، قلت: لكنه ظاهر المتون وعليه الشروح أنها على قول أبي حنيفة ﷺ، والله أعلم.

(٢) «البناية»(٦: ٤٠٦).

(٣) من «الهداية»(٣: ٤٥).

وشعرُ الخِنْزير، وإن حَلَّ الانتفاعُ به للخرزِ ضرورةً.

للجزءِ بالكلِّ. ولأبي حنيفة ﷺ أنَّ الرِّقَ غيرُ نازلٍ[١] في اللَّبَنِ، فهي فيه على أصلِ الآدمية.

(**وشعرُ الخِنْزيرِ**)، فإنَّ البيعَ فيه باطل[٢]، (**وإن حَلَّ الانتفاعُ به للخرزِ**[٣] **ضرورةً**[٤]).

---

[١]قوله: غير نازل؛ لأنَّ الرقَّ يختصُّ بمحلّ يتحقَّقُ فيه العتق، وذلك المحلُّ هو الحيّ، ولا حياةَ في اللَّبنِ فلا يردُ عليه الرقّ ولا العتق؛ لانتفاءِ الموضوع.

[٢]قوله: فإنَّ البيعَ فيه باطل؛ لأنّه نجسُ العين، فلا يكونُ مالاً، فلا يجوزُ بيعُهُ إهانةً له.

فإن قلت: لِمَ جعلَ البيعَ في لبنِ الآدميِّ دليلَ الإهانة، وهاهنا دليل الإعزاز؟

قلت: الإعزازُ والإهانةُ يتفاوتانِ بتفاوتِ محلّيهما، كالإحراق إهانةٌ في الآدميّ، وإعزازٌ في الحطب. كذا في «النهاية»، وأوردَ في «الفتح»(١) على هذا التعليل؛ أي تعليل بطلانِ البيعِ بالنَّجاسة بيع السِّرقين، فإنّه جائزٌ مع أنّه نجس، فجوازُهُ للانتفاعِ به، وقال في «النهر»: بل الصَّحيحُ عن الإمامِ ﷺ أنَّ الانتفاعَ بالعذرة الخالصة جائز مع أنّه لا يجوزُ بيعُها خالصة.

[٣]قوله: للخرز؛ خرزَ بالفتح دوختن موزة وكفش. كذا في «المنتخب»، يقال: خرزَ الخفَّ وغيره خرزاً: درز موزه وجزآن را. كذا في «منتهى الأرب»، فيستعمله الخفّاف في زمانهم، وكذا تستعملُهُ النسوانِ لتسويةِ الكتّان. كذا في «مجمع الأنهر»(٢).

[٤]قوله: ضرورة؛ لأنّ غيرَه لا يعملُ عملَه، فإنَّ مبدأ شعره قدر أصبع صلابة وبعده ليّن يصلحُ لوصلِ الخيط، صرَّح به القُهُسْتَانِيّ(٣)، والله أعلم.

فإن قيل: إذا كان يجوزُ الانتفاعُ به ينبغي أن يجوزَ بيعه؟

---

(١) «فتح القدير»(٦: ٦٢).

(٢) «مجمع الأنهر»(٢: ٥٩).

(٣) في «جامع الرموز»(١: ٢١).

....

....

أجيب: إنَّ شعرَ الخِنْزيرِ يوجدُ مباحُ الأصلِ فلا ضرورةَ إلى بيعه، كالكلأ والماء، وعلى هذا قيل: إذا كان لم يوجد إلا بالبيعِ جازَ بيعُهُ لكنَّ الثمنَ لا يطيبُ بالبائع[1]، صرَّحَ به العلاَّمةُ العَيْنِي[2].

وقيل: هذا إذا كان منتوفاً، فالمقطوعُ يكونُ طاهراً. كذا في «مجمع الانهر»[3].

وعن أبي يوسف ﷺ: يكرهُ الخرز به؛ لأنّه نجس؛ ولذا لم يلبس السَّلفُ مثل هذا الخف، كما ذكره القُهُستَانِيُّ[4]، ولعلَّ هذا؛ أي جوازُ الانتفاع بشعرِ الخنزيرِ في زمانهم، وأمّا في زماننا فلا حاجةَ إليه كما لا يخفى. كذا في «الدرّ المختار»[5].

---

(١) قال محمد ﷺ في «الجامع الصغير»(ص٣٢٨): «ولا يجوز بيع شعر الخنزير ويجوز الانتفاع به للخرز». وقال الفقيه أبو الليث ﷺ: إن كانت الساكفة لا يجدون الخنزير إلا بالشراء ينبغي أن يجوز لهم الشراء، ولا بأس للأساكفة أن يصلوا مع شعر الخنزير وإن كان أكثر من قدر الدرهم. كما في «التبيين»(٤: ٥١).

وفي «العناية»(٦: ٤٢٥): «ويجوز الانتفاع به للخرز للضرورة؛ لأن غيره لا يعمل عمله. فإن قيل: إذا كان كذلك وجب أن يجوز بيعه. أجاب: بأنه يوجد مباح الأصل فلا ضرورة إلى بيعه وعلى هذا قيل: إذا كان لا يوجد إلا بالبيع لكن الثمن لا يطيب للبائع». ومثله في «مجمع الأنهر»(٢: ٥٩).

وفي «رد المحتار»(٥: ٧٢ -٧٣): «وقال الزيلعي: إطلاق الانتفاع به دليل طهارته، وهذا يفيد عدم تقييد حل الانتفاع به بالضرورة، ويفيد جواز بيعه؛ ولذا قال في النهر: وينبغي أن يطيب للبائع الثمن على قول محمد ﷺ ... أما في زماننا فلا حاجة إليه؛ للاستغناء عنه بالمخارز والإبر، قال في «البحر»: ظاهر كلامهم منع الانتفاع به عند عدم الضرورة بأن أمكن الخرز بغيره».

ومن هذه النصوص يفهم أنه يجوز الانتفاع بريشة الرسم المصنوعة من شعر الخنزير على قول محمد ﷺ وكذا بيعها مع طيب الثمن للبائع، وعند غيره فلا يجوز إلا للضرورة إلا إذا كان غيرها لا يعمل عملها، فإنه يجوز لكن لا يطيب الثمن للبائع. والله أعلم وعلمه أحكم.

(٢) في «البناية»(٦: ٤٠٦).

(٣) «مجمع الأنهر»(٢: ٥٩).

(٤) في «جامع الرموز»(١: ٢١).

(٥) «الدر المختار»(٤: ١١٤).

ولا شعرُ الآدمي، ولا الانتفاعُ به. ولا جلدُ الميتةِ قبلَ دبغِه، وإن صَحَّ بيعُهُ والانتفاعُ به بعده كعظمِها، وعصبِها، وصوفِها، وشعرِها، وقَرْنِها، ووَبَرِها

ولا شعرُ الآدمي)، فإنَّ بيعَهُ باطل[١]، (**ولا الانتفاعُ به**[٢]).

ولا جلدُ الميتةِ قبلَ دبغِه)، فإنَّ بيعَهُ باطل[٣]، (**وإن صَحَّ بيعُهُ والانتفاعُ به بعده كعظمِها، وعصبِها، وصوفِها، وشعرِها، وقَرْنِها، ووَبَرِها**): فإنَّ بيعَ هذه الأشياءَ صحيحٌ، وكذا الانتفاعُ بها؛ لأنَّ[٤] الموتَ غيرُ حالٍ في هذه الأشياءِ.

وفي «حاشيته»(١) للطحطاويّ؛ «للاستغناءِ عنه بالمخارزِ والإبر». قال في «البحر»: «ظاهر كلامه منعُ الانتفاعِ عند عدمِ الضَّرورةِ بأن أمكنَ الخرزُ بغيره». انتهى(٢).

[١]قوله: **باطل**؛ لأنَّ الآدميّ مكرَّم لا مبتذل، فلا يجوز أن يكون شيءٌ من أجزائه مُهاناً مُبتذلاً. كذا في «الهداية»(٣).

[٢]قوله: **ولا الانتفاعُ به**؛ ورويَ عن محمَّدٍ ﷺ أنّه يجوزُ الانتفاعُ به مستدلاً بما روي أنّه ﷺ: «حين حلقَ رأسَهُ قسَّمَ شعرَه بين أصحابه ﷺ، وكانوا يتبرَّكونَ به»(٤)، كما لا يخفى على مَن طالعَ كتبَ السِّيَرَ والحديث، فلو لم يجز الانتفاعُ به لما فعل. والله أعلم.

[٣]قوله: **باطل**؛ إلا أنّه غير منتفعٍ به، وليسَ بمال لنجاسته فيبطل، بخلاف الثوبِ النَّجس، فإنَّ نجاستَه عارضة.

[٤]قوله: **لأنّ**... الخ؛ حاصلُهُ: أنّها طاهرة؛ إذ لا حياةَ فيها، حتى يحلّها الموت، فإنَّ الموتَ لا يحلّ إلا في محلِّ الحياة، وعند الشافعيّ ﷺ: لا يجوز بيعُها ولا الانتفاعُ بها؛ لأنّها من أجزاءِ الميتة، وبه قال أحمد ﷺ في رواية.

وعند مالك ﷺ: عظمُ الميتة نجسٌ دونَ شعرها، وكذلك يجوزُ عندنا بيعُ جلد الكلب مدبوغاً، خلافاً للشافعيّ ﷺ والحسن ﷺ، صرَّحَ به العلاّمةُ العَيْنِيُّ في «شرح

---

(١) «حاشية الطحطاوي»(٣: ٧٢).

(٢) من «البحر الرائق»(٦: ٨٧).

(٣) «الهداية»(٣: ٤٦).

(٤) في «سنن البَيْهَقي الكبير»(٧: ٦٧).

والفيلُ كالسَّبُعِ يباع عظمه خلافاً لمحمد ﷺ، ولا بيعُ علوٍ بعد سقوطِهِ، وبيعُ شخصٍ على أنَّه أمةٌ وهو عبدٌ

(**والفيلُ كالسَّبُعِ**[1] **يباع عظمه خلافاً لمحمد ﷺ**)، حتى يجوزَ بيعُ عظمِهِ والانتفاعُ بعظمِهِ خلافاً لمحمدٍ ﷺ، فإنَّه كالخِنْزيرِ عنده.

(**ولا بيعُ علوٍ بعد سقوطِهِ**): حتَّى إذا كان العلو لرجلٍ، والسُّفلُ لرجلٍ فسقطا، أو سقطَ العلو وحدَهُ، فباعَ صاحبُ العلوِّ علوَّهُ وحده بطلَ بيعُه؛ إذ بعد السُّقوطِ لم يبقَ إلاَّ حقُّ التَّعَلِّي، وهو ليسَ بمالٍ[2].

(**وبيعُ شخصٍ على أنَّه أمةٌ وهو عبدٌ**): فإنَّ البيعَ باطلٌ بخلافِ ما إذا اشترى كَبْشاً فإذا هو نَعْجةٌ، فإنَّ البيعَ يَنْعَقِدُ، وللمشتري الخيارُ، والأصلُ في ذلك أن الإشارةَ والتَّسميةَ إذا اجتمعتا، ففي مختلفي الجنس يتعلَّقُ بالمُسَمَّى[3]

الكَنْز»[1].

[1]قوله: **كالسَّبُع**؛ لأنَّه منتفعٌ به حقيقةً، وكان منتفعاً به شرعاً، اعتباراً لسائر السِّباع. كذا في «الكفاية»[2].

[2]قوله: **وهو ليس بمال**؛ لأنّ حقَّ التّعلّي يتعلّقُ بالهواء، والهواءُ ليس بمال؛ لأنَّ المالَ ما يمكنُ قبضُهُ وإحرازه، وإنّما يجوزُ البيعُ قبل الانهدام، باعتبارِ البناءِ القائم، ولم يبقَ. كذا في «البناية»[3].

[3]قوله: **يتعلّق بالمسمّى**؛ لأنَّ التَّسميةَ أبلغُ في التَّعريفِ من الإشارة؛ لأنَّ الإشارةَ لتعريف الذات، فإنّه إذا قال: هذا. صارت الذاتُ متعيِّنة، والتَّسمية لإعلامِ الماهية، وأنّه أمرٌ زائدٌ على أصلِ الذَّات، فكان أبلغَ في التَّعريف، ونحن نحتاجُ في مقامِ التعريفِ إلى ما هو أبلغُ تعريفاً، فلذلك علَّقنا الحكمَ بالمسمّى، دون المشارِ إليه.

وأمّا إذا كان المشارُ إليه من جنسِ المسمَّى كانت العبرةُ للإشارة؛ لأنَّ ما سُمّي وجدَ في المشارِ إليه، فصار حقُّ التسميةِ مَقْضيّاً بالمشارِ إليه. كذا في «النهاية»[4].

---

(١) «تبيين الحقائق»(٢: ٢٧).

(٢) «الكفاية»(٦: ٦٤).

(٣) «البناية»(٦: ٤١٠).

(٤) ينظر: «العناية»(٦: ٦٨).

ويبطلُ لانعدامِ المُسَمَّى، وفي متّحدي الجنسِ يتعلَّق بالمشارِ إليه[١]، ويَنْعَقِدُ لوجودِ المشارِ إليه، لكن المشتري بالخَيار[٢]؛ لفواتِ الوصفِ، فالذَّكَرُ والأُنْثَى في بني آدم جنسانِ؛ لفحشِ التَّفاوت[٣]، والاختلافِ في الأغراض، وفي غيرِ بني آدم جنسٌ واحد[٤].

---

[١]قوله: يتعلَّقُ بالمشارِ إليه؛ لأنّ الجمعَ بين الإشارةِ والتَّسمية هناك ممكن، بأن يجعلَ الإشارةَ للتَّعريف والتَّسمية للترغيب، حتى لو قال: بعتُ هذا العبدَ الخبّاز، فإذا هو ليس بخبّاز، كان البيعُ صحيحاً، وكان الوصفُ للتَّرغيب، وإذا كان بخلافِ جنسِ المسمَّى يتعلَّق العقدُ بالمُسمّى؛ لأنَّ العقدَ يبتني على المُسمّى، وهو المقصود، والبناءُ على المقصودِ واجب. كذا في «الكفاية»(١)، نقلاً عن فخرِ الإسلام.

[٢]قوله: بالخيار؛ كما إذا اشترى عبداً على أنّه خبّاز، فإذا هو كاتب حيث ينعقدُ البيع، ويتخيَّرُ المشتري لفواتِ الوصف، وذكرَ في «الظهيريّة»: ويثبتُ الخيارُ إذا كان الموجودُ أنقص، وذكرَ صاحبُ «المحيط»: إنَّ للمشتري الخيار من غير تقيُّدٍ بكونه أنقص، وهو الصَّحيح؛ لفواتِ المقصود، والمدلول عليه بالاشتراط. كذا في «الكفاية»(٢).

[٣]قوله: لفحش التفاوت؛ فإنَّ المبتغى من العبدِ الاستخدام خارجَ البيت كالتِّجارة والزِّراعة وغيرهما، والمبتغى من الأمةِ الاستخدامُ داخلَ الدارِ كالطَّبخ والكنسِ والاستفراشِ والاستيلاد، والأخيران لا يصحُّ لهما العقد، فظهرَ التَّفاوتُ بينهما فاحشاً.

والفُحشُ بالضمّ: ازحد كَذ شتن بدى، والتفاحشُ مثله، يقال: فحشَ الأمر، وتفاحش. كذا في «الصراح»، وفي «المصباح المنير»: «فحشَ الشيء فحشاً: مثل قبح قبحاً، وزناً ومعنى، وفي لغة: من بابِ قتل، وهو فاحش، وكلُّ شيء جاوزَهُ الحدّ فهو فاحش، ومنه غبنٌ فاحشٌ إذا جاوزت الزِّيادة ما يعتادُ مثله». انتهى(٣).

[٤]قوله: جنس واحد؛ للتَّقارب في الأغراض؛ لأنَّ الغرضَ الكلّيَ من الحيوانِ

---

(١) «الكفاية»(٦: ٦٧).

(٢) «الكفاية»(٦: ٦٧).

(٣) من «المصباح المنير»(ص٤٦٣).

وشراءُ ما باعَ بأقلَّ ممَّا باعَ قبلَ نقدِ ثمنِهِ الأَوَّل

(وشراءُ[1] ما باعَ بأقلَّ ممَّا باعَ قبلَ نقدِ ثمنِهِ الأَوَّل)(١): أي باعَ شيئاً بخمسة عشرَ ولم يأخذِ الثَّمَن، ثم اشتراهُ بعشرةٍ، فيقاصُّ العشرة بعشرةٍ من خمسةَ عشرَ، فبقي للبائع على المشتري خمسة

الأكل والركوب والحمل، والذَّكرُ والأنثى في ذلك سواء، والمعتبرُ في أنّهما جنسان مختلفانِ أو متّحدان تفاوتُ الأغراضِ وتقاربهما، دون أصل المادة، فإذا وقعت الإشارةُ إلى مبيعٍ ذُكِرَ بتسمية، فإن كان ذلك ممّا يكونُ الذَّكرُ والأنثى منه جنسين: كبني آدم، فالعقدُ يتعلَّقُ بالمسمّى، ويبطلُ بانعدامه.

فإذا قال: بعتك هذه الجارية فإذا هو غلامٌ بطلَ البيع؛ لفواتِ التَّسميةِ التي هي أبلغُ في التَّعريفِ من الإشارة، وإن كان ممّا يكونُ جنساً واحداً، فالعقدُ يتعلَّقُ بالمشارِ إليه، وينعقدُ بوجوده؛ لأنّ العبرةَ حينئذٍ للإشارةِ لا للتّسمية؛ لأنّ ما سمّي وُجِدَ في المشارِ إليه.

فصارَ حقّ التَّسمية مقضيّاً بالمشارِ إليه، فإذا باعَ كبشاً فإذا هو نعجةٌ انعقدَ البيع، لكنّه يتخيَّر؛ لفواتِ الوصفِ المرغوب. كذا في «العناية»(٢) وغيرها من المبسوطات.

[١]قوله: وشراء؛ مرفوعٌ معطوفٌ على قوله: «وبيع شخص»؛ أي لا يجوزُ شراءُ البائعِ لنفسه أو لغيره من المشتري، أو من وكيله، أو من وارثه ما باع بثمنٍ حالٍ أو مؤجَّلٍ بنفسه أو بوكيله بأقلَّ ممَّا باع، قبل نقد ثمنه الأوّل: أي كلُّ الثمنِ الأوَّل أو بعضه، وإن بقي من ثمنه درهم. كما في «السراج الوهّاج».

وصورةُ هذه المسألة: أنّه باعَ جاريةً مثلاً بألفٍ حالّة أو نسيئةٍ فقبضَها المشتري، ثمَّ اشتراها البائعُ من المشتري قبل نقدِ الثمنِ الأوّل بالأقلّ، فالبيعُ الثاني فاسدٌ عندنا، وعند الشافعيّ ﷺ: يجوز، وهو القياس؛ لأنَّ الملكَ فيه قد تمَّ بالقبض، فيجوزُ بيعُهُ

---

(١) أي لا يجوز شراء البائع لنفسه أو لغيره من المشتري أو من وكيله أو من وارثه ما باع بثمن حال أو مؤجّل بنفسه أو بوكيله إن كان المبيع لم ينقص ذاته واتحدّ الثمنان جنساً، وقيّد الشراء بكونه بأقلّ مما باع؛ لأنه لو كان بمثله أو أكثر منه جاز؛ لأن الفضل في الأكثر يحصل للمشتري والمبيع داخل في ضمانه. ينظر: «فتح باب العناية»(٢: ٣٣٩).

(٢) «العناية»(٦: ٦٨).

....

....

بأي قدرٍ كانَ من الثَّمن، كما إذا باعَه من غيرِ البائع، أو منه بمثلِ الثَّمنِ للأوَّل أو بأكثرَ أو بعرض أو بأقلَّ بعد النقد.

وإنَّما منعنا جوازَهُ لما أخرجَهُ عبدُ الرزَّاق في «مصنّفه»[1]: أخبرنا معمّرٌ والثوريّ، عن أبى اسحاق السَّبيعيّ عن امرأته أنّها دخلت على عائشة رضي الله عنها في نسوة، فسألتها امرأةٌ فقالت: يا أمَّ المؤمنين؛ كانت لي جاريةٌ فبعتُها من زيد بن أرقم بثمانِمئة، ثم ابتعتُها منه بستّمئة، فنقدتُهُ السّتّمئة وكتب عليه ثمانمئة.

فقالت عائشة رضي الله عنها: بئسَ ما اشتريت، وبئسَ ما اشترى، أخبري زيد بن أرقم أنّه قد أبطلَ جهادَه مع رسولِ الله ﷺ إلاَّ أن يتوب، فقالت المرأةُ لعائشة: أرأيت إن أخذت رأسَ مالي، ورددتُ عليه الفضل، فقالت: ﴿فَمَن جَآءَهُۥ مَوۡعِظَةٞ مِّن رَّبِّهِۦ فَٱنتَهَىٰ فَلَهُۥ مَا سَلَفَ﴾[2].

وأخرجَه الدَّارَقُطْنِيُّ[3]، والبَيْهَقِيُّ[4] في «سننهما»: عن يوسف بن أبي اسحاق الهمدانيّ، عن العالية: قالت: كنت قاعدةً عند عائشة رضي الله عنها، فأتتها أم محبة، فقالت: إنّي بعتُ زيدَ بن أرقمَ جاريةً إلى عطاء، فذكرَ بنحوه.

والعالية: امرأةٌ معروفةٌ جليلةُ القدر، ذكرها ابنُ سعدٍ في «الطبقات»[5]، فلا تلتفتْ إلى ما قال بعضُهم[6] من أنّها مجهولة، لا يقبلُ خبرُها، وإن شئتَ زيادةَ التَّفصيل فارجع إلى «نصبِ الرَّاية»[7] للعلاّمة الزَّيْلَعِيّ.

فهذا الوعيدُ الشديدُ دليلٌ على فسادِ هذا العقد، وإلحاق هذا الوعيد لهذا الصُّنع لا يهتدي إليه العقل؛ إذ شيءٌ من المعاصي دونَ الكفرِ لا يبطلُ شيئاً من الطَّاعات إلاَّ أن

---

(١) «مصنف عبد الرزاق»(٨: ١٨٥).

(٢) البقرة: ٢٧٥.

(٣) في «سننه»(٣: ٥٢).

(٤) في «سننه الكبير»(٥: ٣٣٠).

(٥) «طبقات ابن سعد»(٨: ٤٨٧).

(٦) أي الدَّارَقُطْنِيّ.

(٧) «نصب الراية»(٤: ١٥).

....

....

يثبتَ شيءٌ من ذلك بالوحي، فدلَّ على أنّها قالته سماعاً.

والدَّليلُ العقليّ على عدمِ جوازه مذكورٌ في الشرحِ فلا نعيده.

وإنّما تركَ فاعلَ الشِّراء ليشملَ شراءَ مَن لا تقبلُ شهادتُهُ للبائعِ كالأصولِ والفروعِ ومكاتَبه فهو أيضاً بمنزلةِ شراءِ البائع عند الإمام ﷺ خلافاً لهما في غيرِ العبدِ والمكاتَب، وكذا الحكمُ لو باعه وكالةً عن غيرِه أو اشتراهُ بطريقِ الوكالةِ لغيره إذا كان هو البائع.

ومحلُّ كلامه شراءُ الكلِّ أو البعض، وخرجَ شراءُ وارث البائع ووكيله عند الإمامِ ﷺ خلافاً لهما، وأمّا شراءُ البائعِ ممّن اشترى من مشتريه أو الموهوب له، أو الوصيّ له، فجائزٌ اتّفاقاً؛ لأنَّ اختلافَ سببِ الملك كاختلاف العين. كذا في «مجمع الأنهر»[1]، و«كمال الدراية»[2]، وغيرهما.

وقيَّد بقبوله أقلّ؛ لأنّه لو اشتراهُ بمثلِ ما باعَ أو بأكثرَ منه جاز؛ لأنَّ الربحَ يحصلُ للمشتري، والمبيعُ قد دخلَ في ضمانه، ويفهمُ من قوله: «أقلّ ممَّا باع»؛ أن يكونَ الثمنُ الثاني من جنسِ الثَّمنِ الأوَّل، فلو باعَه بألفٍ ثمَّ اشتراهُ من المشتري بثوبٍ قيمتُهُ أقلَّ من الألف جاز، ولو باعه بدنانيرَ ثمَّ اشتراهُ بدراهمَ أقلَّ قيمةٍ منها قبلَ نقدِ الثمنِ الأوّل لم يجزْ عندنا استحساناً، وعند زفرَ ﷺ قياساً.

وإنّما قال: قبل نقد ثمنه الأوَّل؛ لأنّه لو وقعَ هذا الشِّراءُ بعد نقد ثمنه الأوّل صحَّ اتّفاقاً، ولا بُدَّ هاهنا من قيدٍ آخر، وهو أن يكونَ المبيعُ على حاله بحيثُ لم يتغيّر؛ إذ لو تغيّر لم يكن الحكمُ كذلك.

ولا بُدَّ أيضاً أن يقعَ الشِّراءُ من البائعِ بنفسه أو وارثه حتى لو باعَ بنفسه ثمَّ وكَّلَ وكيلاً بالشِّراءِ بأقلّ جازَ على الموكّل عند أبي حنيفةَ ﷺ، وعلى الوكيلِ عند أبي يوسف ﷺ، وكان للموكّل بيعٌ فاسدٌ عند محمّد ﷺ، كذا صرَّحَ به العلاَّمةُ البِرْجَنْدِيُّ في «شرح النقاية»، هذا وإن طال الكلامُ، لكن لا يخلو عن الفوائدِ المفيدةِ في المرام.

---

(١) «مجمع الأنهر»(٢: ٦١).

(٢) «كمال الدراية»(ق٣٩٥ -٣٩٦).

وشراءُ ما باع مع شيءٍ آخرَ لم يبعْهُ بثمنِهِ الأَوَّلِ فيما باعَ، وإن صحَّ فيما لم يَبِعْ

فهي ربحُ[1] ما لم يضمنْ: أي الثَّمن، وهو خمسةَ عشرَ؛ لأَنَّه لَمَّا لم يقبضْهُ البائع لم يدخلْ في ضمانِه، وإنَّما الغُنْمُ بإزاءِ الغُرْم، فيكونُ الرِّبْحُ حراماً، فيكونُ هذا البيعُ فاسداً خلافاً للشَّافِعِيِّ(١) ﷺ.

(**وشراءُ**[2] **ما باع مع شيءٍ آخرَ لم يبعْهُ بثمنِهِ الأَوَّلِ فيما باعَ، وإن صحَّ فيما لم يَبِعْ**): أي مَن باعَ شيئاً بخمسةَ عشرَ ولم يأخذِ الثَّمن، ثُمَّ اشتراهُ مع شيءٍ آخرَ بخمسة عشر، فالبيعُ فاسدٌ[3] في المبيعِ الأوَّل، وجائزٌ في الشَّيءِ الآخر، فيُقَسَمُ الثَّمنُ على قيمتِها، فيجوزُ في الشَّيءِ الآخرِ بحصَّتِه من الثَّمن، وهو خمسةَ عشر.

[١]قوله: **فهي ربح**... الخ؛ لأنَّ الثَّمنَ لَمَّا لم يكن مقبوضاً فلم يدخلْ في ضمانِ البائع.

[٢]قوله: وشراء... الخ؛ صورةُ المسألة: أنَّه باعَ جاريةً بخمسمئة، وقبضَها المشتري، ثم اشتراها وجاريةً أخرى معها، قبل نقدِ الثَّمنِ بخمسمئة، فالشِّراءُ في التي لم يبعْها منه صحيح، وفي الأخرى: وهي التي باعها منه فاسد، والقيودُ المعتبرةُ في المسألةِ الأولى معتبرةٌ هاهنا.

فإنَّه يشترطُ أن يكونَ قبلَ نقدِ الثَّمنِ الأوَّل، وأن يكون البائعُ اشتراهُ من المشتري حتى لو اشتراهُ من غيره جاز، لكن في المسألةِ الأولى يشترطُ أن يكون الثمنُ الثاني أقلَّ، وهاهنا أن يكونَ الثَّاني أقلّ أو مساوياً.

[٣]قوله: **فالبيع فاسد**؛ في المبيعِ الأوّل؛ لأنَّ المشتري لَمَّا باعَ الشيئين أحدُهما هو الذي اشتراهُ من البائعِ في المرَّةِ الأولى بخمسةَ عشر، والآخرُ هو الذي اشتراهُ منه، فلا بدَّ أن يجعلَ في البيعِ الثاني بعضَ الثمنِ بمقابلةِ الذي لم يشترهِ من البائع، فيكونُ البائعُ مشترياً للآخرِ بأقلَّ مِمَّا باع، وهو فاسدٌ عندنا، وهذا المعنى لا يوجدُ في المبيعِ الثاني؛ لأنَّه ما اشتراهُ منه حتى باعَ بأقلّ فيجوز؛ لعدمِ المفسد.

---

(١) في أسنى المطالب»(٢: ٨٤): البيع من البائع قبل القبض لا يصح إلا إن كان الاعتياض عنه بعين المبيع أو بمثله إن تلف أو كان في الذمة. وينظر: «حاشيتا قليوبي وعميرة»(٢: ٢٦٤)، وغيرهما.

وزيتٌ على أن يُوزَنَ بظرفِهِ، ويُطْرَحَ عنه بكلِّ ظرفٍ كذا رطلاً، بخلافِ الشَّرْطِ طرح وزنِ الظَّرْفِ عنه، وإن اختلفا في نفسِ الظَّرفِ وقدْرِه، فالقولُ للمشتري

(**وزيتٌ على أن يُوزَنَ بظرفِهِ، ويُطْرَحَ عنه بكلِّ ظرفٍ كذا رطلاً**): إنَّما يَفْسُدُ؛ لأنَّه شرطٌ لا يقتضيه العقدُ، بل مقتضى العقد أن يُطْرَحَ بازاءِ الظَّرْفِ مقدارُ وزنِه، كما في المسألةِ الثَّانية، وهي ما قال: (**بخلافِ الشَّرطِ طرح وزنِ الظَّرْفِ عنه، وإن اختلفا في نفسِ الظَّرفِ وقدْرِه، فالقولُ للمشتري**): أي اشترى سَمْناً في زِقٍّ[1] وردَّ الظَّرفَ، وهو عشرةُ أرطالٍ، فقال البائعُ: الزِّقُّ غيرُ هذا، وهو خمسةُ أرطالٍ، فالقولُ للمشتري[2].

فإن قيل: ينبغي أن يفسدَ العقدُ في الذي لم يبعْه منه عند الإمام ﷺ، كما لو جمعَ بين حرٍّ وعبدٍ وباعهما صفقةً واحدة، فالعقدُ في العبد فاسد.

أجيب: بأنَّ الفسادَ في الجمع بين الحرِّ والعبد قويٌّ مجمعٌ عليه، فيتعدّى محلّه، وفيما نحنُ فيه ضعيف مجتهد فيه، فيقتصرُ على محلِّه، فلا يتعدَّى كما لو جمعَ بين عبدٍ ومدبَّر، وقد مرَّ بيانُهُ سابقاً، فتذكَّر.

[1]قوله: في زق؛ بالكسر يوستي ست براي شراب وجزآن كه موي آنرابريده باشندنه بركنديده. كذا في «منتهى الأرب».

[2]قوله: فالقول للمشتري؛ لأنَّ هذا الاختلافَ إمّا في تعيينِ الزِّقِّ المقبوض، أو مقدارِ الثَّمن، فإن كان الأوَّل فالمشتري قابض، والقول قوله، سواء كان ضميناً كالغاصب، أو أميناً كالمودِع، وإن كان الثاني فهو في الحقيقةِ اختلافٌ في الثمن، فيكون القولُ للمشتري أيضاً؛ لأنّه ينكرُ الزِّيادة، والقولُ للمنكرِ مع يمينِه، ولا يتحالفان.

وإن اختلفا في الثَّمن؛ لأنَّ اختلافَهما في الثمنِ ثبتَ تبعاً لاختلافهما في الزِّقّ، والاختلافُ في الزِّقِّ لا يوجبُ التحالف؛ لأنّه ليس بمعقودٍ به، ولا معقودٍ عليه، وكذا الاختلافُ فيما ثبتَ تبعاً؛ لأنَّ حكمَ التبعِ يخالفُ حكمَ الأصل. كذا في «الكفاية»[1]، وغيرها.

---

(١) «الكفاية»(٦: ٧٤ -٧٥).

وبطلَ بيعُ المسيلِ وهبتُه، وصحَّا في الطريق

(وبطلَ بيعُ المسيلِ وهبتُه، وصحَّا في الطريقِ): أي صحَّ البيعُ والهبةُ في الطَّريقِ، قيل[1]: إن أُرِيدَ رقبةُ المسيلِ والطَّريقِ فمقدارُ ما يسيِّلُهُ الماءُ مجهولٌ، فلا يجوزُ فيه البيعُ والهبة، وأمَّا الطَّريقُ فمعلومٌ، وإن لم يُبَيِّنْ، فهو مُقَدَّرٌ بعرضِ باب الدَّارِ كذا في «باب القسمة»، فيجوزُ فيه البيعُ والهبة، وإن أُريدَ حقُّ المسيلِ، فإن كان على الأرضِ فمجهولٌ لِمَا مرَّ، وإن كان على السَّطحِ، فهو حقُّ التَّعلِّي، فهو حقٌّ متعلِّقٌ بعينٍ لا يَبْقَى، وحَقُّ المرورِ فيه روايتانِ:

١. وجه البطلانِ غيرُ مال.

٢. ووجه الصِّحةِ الاحتياج به، وهو حقٌّ معلومٌ متعلِّقٌ بعينٍ باق.

[١]قوله: **قيل**؛ حاصلُهُ: أنّ المسألةَ تحتملُ وجهين:

١. بيعُ رقبة المسيل والطريق: أي نفسهما وذاتِهما.

٢. وبيعُ حقِّ التسييلِ في المسيل، وحقِّ المرورِ في الطريق.

فإن أريدَ الأوّل فمقدارُ المسيل: أي قدرَ ما يسيِّلُهُ الماءُ مجهولٌ؛ لأنّ مقدارَ ما يشغلُهُ الماءُ يختلفُ بقلَّة الماء وكثرته فيبطلُ البيع؛ لجهالة المبيع، وهذا إذا لم يُبَيِّن الطُّولَ والعرض، أما إذا علمَ حدودَه وموضوعه فجازَ البيع. كما صرَّحَ به العَيْنِيّ.

وأمَّا الطريقَ فمعلومٌ؛ لأنَّ له طولاً وعرضاً معلوماً، فإنَّ عرضَهُ مقدارُ بابِ الدار، وطولُهُ إلى السكَّةِ النافذةِ غالباً، فيجوزُ البيعُ والهبة، وهذا إذا بيَّنهما، وإذا لم يبيِّنهما فيجوزُ أيضاً؛ لأنّه يقدّر بعرض باب الدَّار العظمى. كذا في «النهاية».

وإن أريدَ الثاني، فإن كان حقُّ التسييلِ على الأرضِ فمجهولٌ لجهالة محلِّه؛ لأنّه لا يعلم قدرَ ما يشغلُهُ من الماء، وإن كان حقُّ التسييلِ على السطحِ فهو التعلِّي، فلا يجوزُ بيعه باتِّفاقِ الرِّوايات؛ لأنّه متعلِّقٌ بالهواء، فليس بمال، ولكونه مجهولاً لاختلافه بقلّة الماء وكثرته.

وحقّ المرورِ فيه روايتان: في روايةِ ابن سماعة ﷺ، وفي روايةِ الزِّيادات: لا يجوز، وصحَّحهُ الفقيهُ أبو اللَّيثِ ﷺ بأنّه حقٌّ من الحقوق، وبيعُ الحقوقِ بالإنفرادِ لا يجوز. كذا في «الدرر»(1)، وفي رواية: يجوز.

(١) «درر الحكام»(٢: ١٧٣).

وأمْرُ المسلمِ بيعَ خمرٍ، أو خِنْزيرٍ، أو شرائِهما ذميًّا، وأَمْرُ المُحْرِمِ غيرَهُ ببيع صيدِهِ

(وأمْرُ المسلمِ[1] بيعَ خمرٍ، أو خِنْزيرٍ، أو شرائِهما ذميًّا، وأَمْرُ المُحْرِمِ غيرَهُ ببيع صيدِهِ): فقولُهُ: وأَمْرُ؛ عطفٌ على الضَّميرِ المرفوعِ المتصلِ في قوله: وصحًّا، فهذا العطف جائزٌ[2]؛ لوجود الفصل، وهو قوله: في الطريقِ؛ وهذا عند أبي حنيفة رضي الله عنه

أمّا وجهُ البطلانِ فإنّه غير مال، فأشبهَ المنافعِ، وبيعُ المنافعِ لا يجوز، فكذا هذا، وأمّا وجه الصحَّةِ الاحتياجُ به، وهو حقٌّ معلومٌ يتعلَّقُ بعينٍ تبقى، وهو الأرض، فأشبه الأعيان، وفيه نظر؛ لأنَّ السُّكنى من الدارِ مثلاً حقٌّ يتعلّقُ بعينٍ تبقى وهو مال، ولا يجوز بيعه. كذا في «العناية»(1).

[1]قوله: وأَمْرُ المسلم... الخ؛ أي إن وكَّلَ مسلمٌ ذميّاً ببيعِ خمرٍ أو خنزيرٍ أو شرائهما جازَ عند الإمام رضي الله عنه، ويكره هذا التوكيلُ أشدَ كراهية، فإن كان خمراً يخلِّلُها، وإن كان خنزيراً يسيبه، وإن كان ثمنَ خمرٍ تصدَّق به؛ لأنّه عوضُ الخمر، فتمكَّن الخبثُ فيه. كذا في «الكفاية»(2).

وقيَّد بـ«المسلم»؛ لأنّه لو وكَّلَ النَّصرانيُّ نصرانيّاً يصحُّ بالاتّفاق. وقيَّد بقوله: «ذميّاً»؛ لأنَّه لو وكَّلَ مسلمٌ مسلماً لا يجوزُ بالاتّفاق. وبقوله: «ببيع خمر»؛ لأنّه لو وكَّلَ المسلمُ ذمّيّاً بهبة الخمرِ وتسليمها لا يجوز؛ لأنّ أحكامَ العقد ترجعُ إلى الموكّل، فصارَ كالرَّسول. كذا في «النهاية».

[2]قوله: جائز؛ لوجودِ الفصل، قال ابنُ الحاجب رضي الله عنه: «إذا عطفَ على المرفوع المتّصلِ أكّدَ بمنفصل، مثل: ضربتُ أنا وزيد، إلا أن يقعَ فصلٌ فيجوزُ تركه». انتهى.

لأنّه قد طالَ الكلامُ لوجودِ الفصل، فحسنُ الاختصارِ بترك التَّأكيدِ سواء كان الفصلُ قبل حرفِ العطفِ نحو: ضربتُ اليومَ وزيد، أو بعده؛ كقوله جل جلاله: ﴿مَآ أَشۡرَكۡنَا وَلَآ ءَابَآؤُنَا﴾(3)، فإنَّ المعطوفَ هو آباؤنا، ولا زائدة بعد حرف العطف لنفي التَّأكيد. كذا في «الفوائد الضيائيّة» للشيخ الجاميّ قدَّس سِرَّه السّامي.

(1) «العناية»(6: 66).

(2) «الكفاية»(6: 75).

(3) الأنعام: 148.

والبيعُ بشرطٍ يقتضيه العقدُ: كشرطِ الملكِ للمشتري، أو لا يقتضيه ولا نفع فيه لأحدٍ: كشرطِ أن لا يبيعَ الدَّابّةَ المبيعة

وعندهما: لا يجوزُ؛ لأنّ[1] الموكّلَ لا يليه بنفسه، فلا يُولِّي غيرَه. وله: إن العاقدَ[2]، وهو الوكيلُ يتصرَّفُ بأهليتِه.

(**والبيعُ[3] بشرطٍ يقتضيه العقدُ: كشرطِ الملكِ للمشتري، أو لا يقتضيه ولا نفع فيه لأحدٍ: كشرطِ أن لا يبيعَ الدَّابّةَ المبيعة**

[1]قوله: **لأنّ**...الخ؛ يعني أنَّ الموكّلَ المسلمَ ليس له ولايةُ التَّصرُّفِ بالذي أَمرَه للذمّيّ فلا نوليه غيره؛ لأنّ المسلمَ لا يملك بنفسه، فلا يُملِّكُ غيرَه؛ لأنَّ تمليكَ ما لا يملكُ لا يجوز، ألا ترى أنَّ المسلمَ إذا وكَّلَ مجوسيّاً بأن يزوِّجَه مجوسيّةً لا يصحُّ العقد. وهذا الدَّليلُ منقوض:

١. بالوكيلِ بشراء عبدٍ بعينه إذا وكَّلَ آخرَ بشرائه، فإنّه يثبتُ الملكُ للوكيلِ الأوَّل، وهو بنفسه لا يلي الشِّراءَ لنفسه.
٢. وبالقاضي إذا أمرَ ذميّاً ببيعِ خمرٍ أو خنزير خَلَّفَه ذميٌّ آخر، وهو لا يلي التّصرُّفَ بنفسه.
٣. وبالذمّيِّ إذا أوصى إلى مسلم وقد تركهما، فإنَّ الوصيَّ يوكّل ذميّاً بالبيعِ والقسمة، وهو لا يلي ذلك بنفسه.

والقياسُ على تزويجِ المجوسيِّ مدفوعٌ بأنَّ حقوقَ العقدِ في النِّكاحِ ترجعُ إلى الموكِّل والوكيل سفير لا غير. كذا في «المنح»(١).

[2]قوله: **وله إنَّ العاقد**...الخ؛ حاصلُه: إنّ الوكيلَ إنّما يملكُ التصرُّفَ لكونه حُرّاً عاقلاً بالغاً؛ ولهذا يستغنى عن الإضافة إلى الموكّل، وترجع الحقوق إليه، والحاجةُ إلى الموكّل؛ لانتقالِ حكمِ التصرُّف إليه، والموكِّلُ أهلٌ لانتقال ملك الخمرِ إليه إرثاً، وصورةُ الإرث بأن أسلمَ النصرانيّ وله خنازيرُ وخمور، وماتَ قبل تسييبِ الخنازيرِ وتخليل الخمر، وله وارثٌ مسلم يملكُها. كذا في «الكفاية»(٢).

[3]قوله: **والبيع**؛ هذا أصلٌ شاملٌ لفروعٍ كثيرة، واعلم أنَّ الشرائطَ على أنواع:

---

(١) «منح الغفار»(ق٢: ٣٢/أ).
(٢) «الكفاية»(٦: ٧٥).

....

....

١. منها: ما يقتضيهِ العقد، والمرادُ به ما يجبُ بمجرَّدِ العقدِ وإن لم يشترطْ به.

٢. وعكسه ما لا يقتضيهِ العقد.

مثالُ الأول: كشرطِ أن يملكَ البائعُ المبيعَ للمشتري، أو كشرطِ أن يملكَ المشتري الثمن للبائعَ وعلى هذا القياس، وهو لا يفسدُ العقد؛ لثبوته بدون الشَّرط، فلا يفيدُ الشّرط إلا التّأكيد.

وأمّا ما لا يقتضيه العقد:

١) فقد يكون ملائماً: كشرطِ أن يرهنَه المشتري شيئاً بعينه، أو يعطيه كفيلاً، وهو لا يفسدُ العقدَ أيضاً.

٢) وقد لا يكون ملائماً للعقد، لكنَّ الشرعَ وردَ بجوازِهِ كالخيارِ والأجلِ رخصةً وتيسيراً، وهو لا يفسدُ العقدَ أيضاً؛ لأنّه لّما وردَ الشرعُ بهِ دلَّ على أنَّه من بابِ المصلحةِ دونِ المفسدة، وهذا تقرير الاستحسان، أمَّا القياسُ فهو أن يفسدَ لكونه مخالفاً لمقتضى العقد، وهو ثبوتُ الملك في الحال في العوضين.

٣) وقد يكون متعارفاً: كمَن اشترى بغلاً بشرطِ حذوه، وهو أيضاً لا يفسدُ كما سيأتي إن شاءَ الله تعالى.

١. ومنها: ما ينتفي فيه الاقتضاءُ والملائمةُ والتعارف، وورود الشَّرعِ فيه منفعة لأحد المتعاقدَين كالبيع بشرطِ أن يهبَه المشتري أو البائع، أو يقرضه كذا، أو فيه منفعةٌ للمعقودِ عليه، وهو من أهل الاستحقاقِ كالعبد إذا بيعَ على أن يعتقَه المشتري، أو يدبِّره، فالبيعُ فاسد؛ لأنّ فيه زيادةُ عاريةٍ عن العوض، فيؤدّي إلى الرّبا؛ لأنّهما لّما قصد المقابلة بين المبيع والثمن، خلا الشَّرطُ عن العوض، وهو رباً؛ لأنّه عبارةٌ عن فضلٍ خالٍ عن العوض.

فإن قيل: لا يطلقُ الزِّيادةُ إلا على المجانسِ للمزيدِ عليه، والمشروطُ منفعة، فكيف يكون ربا؟

أجيب: بأنّه مالٌ جازَ أخذُ العوضِ عليه، ولم يعوِّضْ عنه بشيءٍ في العقد، فيكون رباً.

....

....

أو يكونُ فيه منفعةٌ للمعفوّ عليه، لكنّه ليس من أهلِ الاستحقاق، كمَن اشترى دابَّةً بشرطِ أن لا يبيعَها أو إرسالها في المرعى، فالبيعُ جائز، والشرطُ باطل؛ لأنّه انعدمت المطالبةُ من جهة الدابّة، فلا يؤدّي إلى الرّبا، ولا إلى المنازعة، وهو ظاهرٌ من المذهب.

ورويَ عن أبي يوسفَ ﷺ أنّه يبطلُ به البيع؛ لأنّ في هذا الشرطِ ضرراً على المشتري، من حيث يتعذَّرُ عليه التصرُّفَ في ملكه، والشرطُ الذي فيه ضرر كالشرطِ الذي فيه منفعةٌ لأحد المتعاقدين، ولكنّا نقول: لا معتبرَ بالشرطِ إلاَّ بالمطالبة، وهي تتوجَّه بالمنفعةِ في الشرطِ دون الضرر. كذا في «النهاية».

٢. أو يكون فيه منفعة للأجنبيّ: كبيعٍ بشرطِ أن يقرضَ البائع أو المشتري فلاناً كذا، وفيه اختلافُ المشايخ، ذكرَ القُدُورِيُّ ﷺ أنّه يفسد، واختارَ المصنِّف ﷺ تبعاً لصاحبِ «الهداية»[١] عدمَ الفساد، والتحقيقُ في «البحر الرائق»[٢].

فإن قيل: «نهى رسولُ الله ﷺ عن بيعٍ وشرط»[٣]، وهو بإطلاقه يقتضي عدمَ جوازه في شرطٍ يقتضيه العقدُ أيضاً.

أجيب: في صورةِ اشتراطِ ما يقتضيه العقدُ ليس بشرطٍ حيث أفادَ ما أفادَه العقدُ المطلق.

فإن قيل: إذا لم يفسد الشرط المتعارفُ العقد يلزمُ أن يكونَ العرفُ قاضياً على الحديث.

أجيبَ: بأنّه ليس بقاضٍ عليه، بل على القياس؛ لأنَّ الحديثَ معلولٌ بوقوعِ النِّزاعِ المخرجِ للعقدِ عن المعقود به، وهو قطعُ المنازعة، والعرفُ ينفي النِّزاع، فكان موافقاً لمعنى الحديث، فلم يبقَ من الموانع إلاَّ القياس على ما لا عرف فيه بجامع كونه شرطاً، والعرفُ قاضٍ عليه. كذا في «المنح»[٤].

---

(١) «الهداية»(٣: ٤٨).

(٢) «البحر الرائق»(٦: ٩٣).

(٣) في «مسند أبي حنيفة»(ص١٦٠)، و«المعجم الأوسط»(٤: ٣٣٥).

(٤) «منح الغفار»(ق٢: ٣٢/ب -٣٣/أ).

بخلاف شرطٍ لا يقتضيه العقد، وفيه نفعٌ لأحدِ العاقدين، أو لمبيع يستحقُّه، كشرطِ أن يقطعَهُ البائعُ ويخيطَهُ قباءً، أو يَحْذُوَه نَعْلاً، أو يُشْرِكَهُ

بخلاف شرطٍ لا يقتضيه العقد[1] **، وفيه نفعٌ لأحدِ العاقدين، أو لمبيع يستحقُّه)**: أي يكون المبيعُ أهلاً لاستحقاقِ النَّفعِ[2] بأن يكونَ آدمياً، فظهرَ أن قولَه: ولا نفعَ فيه لأحدٍ أرادَ به لأحدٍ من العاقدين، والمبيعُ المستحقُّ للنَّفعِ حتى لو كان النَّفعُ للمبيعِ الذي لا يستحقُّ النَّفع: كشرطٍ[3] أن لا يبيعَ الدَّابَّةَ المبيعةَ لا يكونَ هذا الشَّرطُ مفسداً.

(كشرطِ أن يقطعَهُ البائعُ ويخيطَهُ قباءً، أو يَحْذُوَه[4] **نَعْلاً، أو يُشْرِكَهُ)**

[1] قوله: **شرطٌ لا يقتضيه العقد**؛ ولا يلائمُه، ولم يَرِدْ الشَّرعُ بجوازه، وليس بمتعارف، وفائدةُ هذه القيودِ ظاهرة؛ فإنّه إذا كان الشرطُ ملائماً للعقد، أو وردَ الشرعُ بجوازِه، أو يكون متعارفاً، فالبيعُ صحيحٌ كما عرفتَ آنفاً.

[2] قوله: **أهلاً لاستحقاقِ النفع**؛ أي من أهلِ أن يستحقَّ على الغيرِ حقّاً بأن يكون آدميّاً.

[3] قوله: **كشرط...الخ**؛ أي كما إذا اشترى ثوباً بشرطِ أنَّ البائعَ يقطعُهُ ويخيطُهُ قباءً، أو اشترى جلداً بشرطِ أنَّ البائعَ يحذوهُ نعلاً للمشتري، أو اشترى نعلاً على أن يجعلَ البائعَ له شراكاً.

فهذه أمثلةُ شرطٍ لا يقتضيه العقد، وفيه نفعٌ للمشتري؛ فيفسد؛ ولأنه إن كان بعضُ الثمنِ بمقابلةِ العملِ المشروط، فهو إجارةٌ مشروطةٌ في بيع، وإن لم يكن في مقابلته شيء، فهو إعارةٌ مشروطةٌ فيه، وقد وردَ النهي عن صفقةٍ في صفقة.

[4] قوله: **أو يحذوه**: خداراست كردن باهم ودخيررا. كذا في «الصراح»، يقال: حذا النعلَ حذواً أو حذاءً: اندازه كرد كفش، وكذلك: حذا القذة بالقذة، وحذا لى نعلا ساخت جذى من نعل وحذالرجل نعلا كفش درباى مردكرو. كذا في «منتهى الأرب».

وفي «المصباح»: «حذوتُ النَّعلَ بالنعل: قدَّرتُها بها وقطعتُها على مثالها

وصحَّ في النَّعلِ استحساناً أو يستخدمَهُ شهراً، أو يعتقَهُ، أو يُدَبِّرَهُ، أو يُكاتِبَهُ

أي يجعلَ للنَّعلِ شِراكاً[1]، هذا نظيرُ شرطٍ لا يقتضيه العقدُ وفيه نفعُ المشتري، (وصحَّ في النَّعلِ استحساناً): إنَّما يجوزُ في النَّعل للتَّعامل[2] والقياسِ أنه لا يجوز[3].

(أو يستخدمَهُ شهراً)[4]: أي يستخدمَه البائعُ شهراً، وهذا[5] نظيرُ شرطٍ لا يقتضيه العقدُ وفيه نفعُ البائع.

(أو يعتقَهُ، أو يُدَبِّرَهُ، أو يُكاتِبَهُ): هذا نظيرُ شرطٍ لا يقضيه العقدُ وفيه نفعٌ للمبيع، وهو أهلٌ لاستحقاق النَّفع.

وقدرِها». انتهى(١).

[١]قوله شراكاً: شراك بالكسر، بند نعل ازدوال، شُرك أشرك جمع، وأشركت نعلي: أي جعلتُ لها شراكاً، وشركتها كذلك. كذا في «الصراح».

[٢]قوله: للتعامل؛ لأنَّ التّعاملُ يرجَّحُ على القياس؛ لكونه إجماعاً عمليّاً؛ ولأنَّ في الخروجِ عنه حرجاً بيّناً.

[٣]قوله: لا يجوز؛ لما فيه من النفعِ للمشتري مع كون العقد لا يقتضيه.

[٤]قوله: أو يستخدمَه شهراً؛ يعني أو كمَن باعَ عبداً على أن يستخدمَه البائعُ شهراً مثلاً، فهذا شرطٌ لا يقتضيه العقد، وفيه منفعةٌ للبائعِ فيفسد؛ ولأنّه صفقةٌ في صفقة، وهو منهيٌّ عنه، وتقريرُهُ مرَّ آنفاً.

[٥]قوله: هذا؛ أي كلُّ واحدٍ من الإعتاقِ والتدبيرِ والكتابةِ نظيرُ شرطٍ لا يقتضيه العقد؛ لأنَّ اقتضاءَ العقدِ أن يكونَ المشتري مخيّراً في جميعِ التّصرُّفاتِ في المشترى، لا أن يكون ملزماً على تصرُّفٍ خاصٌ كالإعتاقِ أو التدبيرِ أو الكتابة، والشرطُ يقتضي ذلك الإلزام، وفيه نفعٌ للمبيع.

فإنَّ القنَّ يعجبُهُ أن لا تتداولُهُ الأيدي، وهو أهلٌ لاستحقاقِ النفع على غيرِه؛ لكونه آدميّاً، فيفسدُ البيع، فلو أعتقه المشتري بعدما اشتراهُ بشرطِ العتق، صحَّ البيعُ حتى يجبَ الثمن، لأنَّ شرطَ العتقِ من حيث ذاته لا يلائمُ العقد؛ لاقتضائه الإطلاقَ في التصرُّف، لا الإلزامَ وجوباً، لكن من حيث حكمه يلائمه؛ لأنَّ العتقَ منتهى الملك،

(١) من «المصباح المنير»(ص١٢٦).

وبيعُ أمة إلا حملَها.

(وبيعُ أمة إلا حملَها): عطف على شرطٍ لا يقتضيه العقد، والأصلُ[1] في ذلك أن كلَّ ما لا يصحُّ إفرادُهُ بالعقدِ لا يصحُّ استثناؤه من العقد، فإنَّ كلَّ ما لا يصحُّ إفراده بالعقد فإنّه من توابعِ الشَّيء، فيكون داخلاً في المبيع تَبَعاً له، فاستثناؤه من العقدِ شرطٌ لا يقتضيه العقدُ فيكونُ مفسداً.

فإنَّ الملكَ في الآدميّ يثبتُ إلى العتق، والشيء يتقرَّرُ بانتهائه.

وكلُّ ما هو مقررُ الشيء مصحِّحٌ له؛ ولهذا لو اشترى عبداً فأعتقه، ثم علمَ بعيبٍ به، رجعَ المشتري إلى البائعِ بالنقصان، بخلافِ ما لو باعَه فإذا استهلكه فقد تقرَّر الفسادُ بوجودِ صورةِ الشرطِ دونَ الحكم، فإذا أعتقَهُ تحققّت الملائمةُ بحكمِ العتق، وهو انتهاءُ الملكِ به، فترجَّحَ جانبُ الجوازُ فكانَ الحالُ قبل ذلك موقوفاً بين أن يبقى فاسداً كما كان، أو ينقلبَ إلى الجوازِ بالإعتاق. كذا في «الكفاية»(1).

وقالا: يبقى فاسداً كما كان، حتى يجبَ عليه القيمة؛ لأنَّ البيعَ قد وقعَ فاسداً فلا ينقلبُ جائزاً، كما إذا أتلفَ بوجهٍ آخر؛ من الموتِ والقتلِ والبيع.

[1]قوله: **والأصل**؛ أي الأمرُ الكليُّ في مثل هذه المسألة أنَّ كلَّ ما لا يصحُّ إفرادُهُ بالعقدِ لا يصحُّ استثناءه من العقد، فإنّه من توابعِ الشيء فيكونُ داخلاً في المبيع، فلا حاجةَ إلى إيراد العقد، وبالاستثناء يعلمُ أنّه مقصود، والحملُ من هذا القبيل؛ لأنّه بمنزلة أطراف الحيوان؛ لاتّصاله به خلقة، فإنَّ الجنينَ ما دامَ في بطنِ أمّه يكون في حكمِ جزءٍ منها: كاليدِ والرِّجل، وأطرافُ الحيوانِ لا يقبلُ العقدَ مقصودة، فلا تكونُ مقصودةً بالاستثناء.

فإنّ الاستثناءَ التصرُّف فيما يدخل تحت اللَّفظِ قصداً لا تبعاً، والأطرافُ بمنزلة الأوصاف فيكون دخولُها تبعاً، فاستثناؤه: أي الحمل من العقد: أي عقد مع الأمة شرطٌ لا يقتضيه العقد، وكلُّ شرطٍ لا يقتضيه العقدُ مفسد، فيكونُ هذا الشرطُ مفسداً، فتدبَّر، وهاهنا مباحثُ لطيفةٌ مودعةٌ في المبسوطات.

---

(1) «الكفاية»(٦: ٨٠ -٨٢).

وإلى النَّيروز، والمَهْرَجَانِ، وصومِ النَّصارى وفطرِ اليهودِ إن لم يعرفا ذلك، وقدوم الحاج، والحصادِ، والدِّياس، والقِطَاف، والجِزَاز

(**وإلى**[1] **النَّيروز، والمَهْرَجَانِ، وصومِ النَّصارى وفطرِ اليهودِ إن لم يعرفا ذلك، وقدوم الحاج، والحصادِ، والدِّياس، والقِطَاف، والجِزَاز**): القِطافِ: جَنْيُ الثَّمرِ عن الأشجار، والجِزازُ: قطعُ الصُّوفِ عن ظهرِ الغَنَم.

[١]قوله: وإلى؛ لا يجوزُ البيعُ بتأجيلِ الثمنِ إلى النَّيروز، أصله: نوروز؛ معرّب، وقد تكلَّمَ به عمرَ ﷺ، فقال: كلُّ يومٍ لنا نوروز حين كان الكفارُ يبتهجونَ به. كذا في «النهاية»، وهو أوّل يومٍ من نزولِ الشمسِ في برجِ الحمل، وابتداء ربيع. كذا في «مجمع الأنهر»[1].

والمَهْرَجَان؛ هو معرب مهركان، وهو أوَّل يومٍ من نزولِ الشمسِ في الميزان، وابتداء خريف.

والنَّيروز؛ عند أهلِ التواريخِ متعدّد:

النَّيروز السُّلطانيّ: وهو أوَّلُ يوم تكون الشمسُ في نصف نهاره في أوَّل درجة من درجات الحمل.

والنَّيروز الخوارزم شاهي: وهو يوم تكونُ الشمسُ في نصفِ نهاره في درجته الثانيةَ عشرَ من الحمل.

ونَيروزُ العامّة: وهو أوّل فروري ماه القديم.

ونيروز الخاصّة: وهو اليومُ السادسُ منه.

ونيروزُ المجوس: وهو الذي يدخلُ الشمسَ في الحوت.

والمَهْرَجَانُ أيضاً متعدّد:

مهرجانُ العامَّة: وهو اليومُ السادسَ عشرَ من مَهْرَمَاه القديم.

ومهرجان الخاصّة: وهو اليومُ الحادي والعشرون منه، وقد يسمَّى أوَّلُ كلِّ يومٍ تكونُ الشمسُ في الميزانِ مهرجاناً. كذا في «شرح النقاية» للعلاّمةِ البِرْجَنْدِيّ.

وصومُ النَّصارى وفطرُ اليهود إن لم يعرفا؛ أي المتعاقدان ذلك المذكورُ من النَّيروزِ والمَهْرَجَان وصومِ النَّصارى وفطرِ اليهود؛ لأنَّ النَّيروزَ والمَهْرَجانِ لا يتعيّنان إلاَّ

---

(١) «مجمع الأنهر»(٢: ٦٣).

والتكفُّل إليها جاز

(والتكفُّل إليها جاز): أي يجوزُ الكفالةُ إلى هذه الأوقات؛ لأنَّ الجهالةَ[١] اليسيرةَ متحملةٌ في الكفالةِ[٢] دون البيع.

بظنٍّ وممارسةٍ بعلمِ النجوم، فربّما يقعُ الخطأ فيكونُ مجهولاً، فيؤدّي إلى النّزاع.

وكذا صومُ النّصارى وفطرُ اليهود؛ فإنَّ النّصارى يبتدؤون من نَيروز، ويصومون خمسينَ يوماً، فيومُ صومِهم مجهول، وأمّا يومُ فطرهم بعدما شرعوا في صومهم فمعلوم، فلا جهالةَ فيه ولا فساد.

واليهودُ يصومون من أوّل شهرٍ إلى تمامِ عشرينَ من شهرٍ آخر، ثمَّ يفطرون، فيومُ صومِهم وفطرِهم مجهولان؛ لاختلافهما باختلافِ عدّة الشهر.

هذا إذا لم يعرفا هذه الآجال، وكذا إذا لم يعرف أحدُهما، أمّا إذا كان ذلك معلوماً عندهما، فيجوزُ البيعُ لعدمِ النِّزاع.

وقدومُ الحاج: أي وإلى مجيء الحاج.

والحصاد: بفتح الحاء، وكسرها: قطعُ الزّرع: أي وقت قطعِ الزرع.

والدِّياس: بكسرِ الدَّالِ المهملة، أصله: الدواس، من الدَّوس، وهو شدَّةُ وَطءِ الشيءِ بالقدم، فإنّ الدِّياسَ في الطَّعامِ أن يوطَأ بقوائمِ الدوابّ. كذا في «النهاية».

والقِطَافُ والجِزَاز؛ وإنّما لم يجز البيعُ إلى هذه المذكورات لعدمِ تيقّن أوقاتها؛ لأنّها تتقدَّمُ وتتأخَّرُ باختلافِ الحرِّ والبرد، فليس لها وقتٌ معلوم؛ لأنّها من أفعالِ العباد، فتثبتُ بحسب ما يبدوا لهم كما قالوا.

[١]قوله: **الجهالة...الخ**؛ قيل: الجهالة اليسيرة هي ما كان الاختلاف في التقدّم والتأخّر، وأمّا إذا اختلفَ في وجوده كهبوب الريح، كانت فاحشة، وهذه الجهالة يسيرة؛ لاختلافِ الصَّحابة ﷺ في هذه الجهالات، هل هي مانعةٌ لجوازِ البيعِ أم لا، فقالت عائشة رضي الله عنها بالجواز؛ فإنّها تجيزُ البيعَ إلى العطاء، وكان ابنُ عبَّاسٍ ﷺ لا يجيز، ونحنُ نأخذُ بقوله. كذا في «النهاية» وغيرها.

[٢]قوله: **متحمّلة في الكفالة**؛ لأنّها تشبه النذر من حيثُ إنّها إلزامٌ محضٌ ابتداء، والنَّذرُ يتحمّلُ الجهالةَ اليسيرة، وتشبه البيعَ من حيث إنّها معاوضةٌ انتهاءً باعتبارِ الرجوعِ على المكفولِ عنه، والبيعُ وسائرُ المعاوضات لا يتحمّل الجهالةَ الثقيلة، فالكفالةُ

وصحَّ إن أسقط الأجلَ قبلَ حلولِهِ

(وصحَّ[١] إن أسقط الأجلَ قبلَ حلولِهِ): أي إن أسقطَ هذه الآجالَ المجهولةَ قبل حلولِها ينقلبُ البيعُ صحيحاً.

بالاعتبارِ الأوّلِ تتحمّلُ الجهالةَ اليسيرة، وبالاعتبارِ الثاني لا تتحمّلُ الجهالةَ الثقيلة، عملا بالشبهين. كذا أفادني بعضُ مشايخي الأعلام أدام الله فيوضَهم إلى يوم القيام.

[١]قوله وصحَّ؛ أي لو باع شيئاً بتأجيل الثمن إلى هذه الأوقات المذكورة ثم أسقط مَن له الأجل وهو المشتري هذا الأجل المفسد للبيع قبل حلوله: أي قبل الحصاد والدِّياس مثلاً صحَّ البيع؛ لأن الفسادَ كان للمنازعة، وقد ارتفع قبل تقرّره، وهذه الجهالة هي شرطٌ زائدٌ لا في صلب العقد.

بخلاف بيع الدرهم بالدرهمين لا ينقلب صحيحاً بإسقاطِ الدرهم الزائد؛ لأن الفسادَ في صلب العقد، وبخلاف إسقاط الأجل في النكاح المؤقَّت؛ لكونه متعةً، وهو غيرُ عقد النكاح. كذا في «المنح»(١)، وغيره، وقال: زفر ﷺ لا يجوزُ؛ لأنه وقعَ فاسداً فلا ينقلبُ صحيحاً.

***

(١) «منح الغفار»(ق٢: ٣١/ب).

فصل في أحكامه

فإن قبضَ المشتري المبيعَ بَيْعاً فاسداً برضى بائعِهِ صريحاً، أو دلالةً كقبضِهِ في مجلسِ عقدِه، وكلٌّ من عوضيهِ مالٌ يَمْلِكُهُ

فصل في أحكامه

ثمَّ اعلمْ أنّ الحكمَ في البيعِ الباطلِ أنّ المبيعَ إن هلكَ في يدِ المشتري، فعند البعض[1]: أمانةٌ، وعند البعض[2]: مضمونٌ بالقيمةِ كالمقبوضِ على سومِ الشراء.

وأمّا حكمُ البيعِ الفاسدِ ففي المتنِ شرعَ في أحكامِه، فقال:

(فإن قبضَ المشتري المبيعَ بَيْعاً فاسداً برضى بائعِهِ[3] صريحاً، أو دلالةً كقبضِهِ في مجلسِ عقدِه، وكلٌّ من عوضيهِ مالٌ يَمْلِكُهُ[4])

[1]قوله: **فعند البعض**؛ وهو أبو نصرٍ أحمدُ بنُ عليٍّ أستاذُ خُوَاهرَ زَادَه، وهذا روايةُ الحسن ﷺ عن أبي حنيفةَ ﷺ أمانةً فلو هلكَ عند المشتري لم يضمن؛ لأنَّ العقدَ إذا بطلَ بقيَ مجرَّدُ القبضِ بإذنِ المالك، وهو لا يوجبُ الضمانَ إلا بالتعدّي.

[2]قوله: **وعند البعض**؛ وهو شمسُ الأئمَّةِ السَّرَخْسيّ، وهذا روايةُ ابن سماعةِ ﷺ عن محمّد ﷺ، وقيل: هذا قولهما مضمونٌ بالقيمة؛ لأنّه يصيرُ كالمقبوضِ على سوم الشراء، وهو أن يسمّي الثمنَ فيقول: اذهب بهذا، فإنّي رضيت، أمّا إذا لم يسمّه فذهبَ به فهلكَ عنده لا يضمن، نصَّ عليه الفقيهُ أبو اللّيث ﷺ، وقيل: وعليه الفتوى، كما في «العناية»[1].

[3]قوله: **برضاء بائعه**؛ وهذا أَوْلَى ممّا قال بعضُهم: بأمرِ البائع. فإنّه لا يشملُ الرضاء دلالةً مع أنّه يكتفى به؛ لأنَّ البيعَ تسليطٌ من البائعِ على القبض، فإذا قبضَه المشتري بحضرةِ البائعِ ولم يمنعْهُ من القبض، فكان بحكمِ التَّسليطِ بالأمرِ الصريحِ ويثبت به الملك.

[4]قوله: **يملكه**؛ أي يملكُ المشتري ذلك المقبوض بالبيعِ الفاسد، وقال الشافعيّ ﷺ: لا يملكُه، وإن قبضَه؛ لأنّه حرام، فلا ينالُ به نعمةَ الملك؛ لأنَّ النهيَ فسخٌ للمشروعيّةِ لتنافٍ بينهما؛ ولهذا لا يفيدُهُ قبل القبض، وصارَ كما إذا باعَ بالميتة أو باعَ الخمرَ بالدَّراهم.

---

(1) «العناية»(٦: ٤٤).

....

فإن قيل[١]: كلامُنا في البيع الفاسد، فيكون كلٌّ من العوضينِ مالاً البتة، إذ لو لم يكن البيع مالاً لكان البيع باطلاً.

قلنا[٢]: قد يُذْكَرُ الفاسدُ ويرادُ به الباطلُ

ولنا: إنَّ ركنَ البيع صدرَ من أهله، ووقعَ في محلّه فوجبَ القولُ بانعقاده، ولا شكَّ في الأهليّة والمحليّة، وركنُهُ مبادلةُ المالِ بالمال، وهو حاصل، والنَّهيُ عن الأفعالِ يقتضي تقرُّر المشروعيّة؛ لأنّه يقتضي تصَّورَ المَنهيّ عنه، والنّهي عن ما لا يتصوُّر لغو.

وتحقيقُه: إنَّ مرادَ الأمرِ والنَّهي المقدورية، فالنَّهيُ عنِ الأفعالِ الحسيَّة يقتضي كونَها مقدورةً حسّاً، وعنِ الأمورِ العقليّة كونها مقدورةً عقلاً، وعن الأفعال الشرعيّة يقتضي كونها مقدورةً شرعاً.

فإنّ الطيرانَ مثلاً من الأفعالِ الحسيّة، فإذا قلتَ لإنسان: لا تطرْ. ينكرُهُ كلُّ سامع؛ لانتفاءِ القدرة، وعلى هذا إذا قلت لأعمى: لا تبصر. والبيعُ من الأفعالِ الشرعيّة، فإذا نهى عنه وجبَ أن يكون مقدوراً شرعاً، وهذا مرادُ مَن قال من علمائنا: إنَّ النهي عن الفعلِ الشَّرعيَّ يقتضي المشروعيّة بأصله، وغير المشروعيَّةِ بوصفه، فإنَّ الأوَّل ناظرٌ إلى المقدوريَّةِ شرعاً، والثَّاني إلى النَّهي، فنفسُ البيعِ مشروع، وبه ينالُ نعمةَ الملك.

وإنّما الحرمةُ لأمرٍ عارض، وعدمُ ثبوت الملك قبل القبض، كيلا يؤدِّي إلى تقريرِ الفساد، يعني لو ثبتَ الملكُ قبل القبض؛ لوجبَ تسليمُ الثمنِ على المشتري، وتسليمُ المبيع على البائع؛ لأنّها من موجبِ العقد، فتقرَّرَ الفساد، وهو لا يجوز؛ لأنّه واجبُ الرفع بالاسترداد.

وكلُّ ما هو واجبُ الرَّفعِ بالاستردادِ فاسد، وإذا كان واجبَ الرَّفعِ بالاسترداد، فلا يكونُ واجبَ الرَّفعِ بالامتناعِ عن مطالبةِ أحدِ المتعاقدين أولى؛ لكونه أسهل؛ لسلامته عن المطالبة والإحضارِ والتسليم، ثمَّ الرفعُ بالاسترداد. هذا وإن شئتَ زيادةَ التفصيلِ فارجعْ إلى المبسوطاتِ من كتبِ الأصول، فإنّ فيها ما يشفي العليل.

[١]قوله: **فإن قيل**... الخ؛ حاصلُهُ أنّ قوله: وكلٌّ من عوضيه مال، قيدٌ زائدٌ لا طائلَ تحته؛ لأنَّ الكلامَ في البيعِ الفاسد، وكلٌّ من عوضيه إذا لم يكن مالاً يكون البيعُ باطلاً، ولما قال سابقاً: بيعاً فاسداً، فلا يكون هذا القيدُ لإخراجِ البيع الباطل.

[٢]قوله: **قلنا**...الخ؛ حاصله: أنَّ استدراكَ هذا القيدِ مدفوعٌ بوجهين:

وَلَزِمَهُ مثله حقيقةً أو معنىً

كما أن في أوّل «كتاب القُدُورِيِّ»(١) جَعَلَ البيعَ بالميتةِ فاسداً، وهو باطلٌ؛ فلهذا قال: وكلٌّ من عوضيه مالٌ؛ احتياطاً حتى لو اشتمل الفاسدُ الباطلَ يكون هذا القيدُ مُخْرِجاً له عن هذا الحكم، وهو أن يصيرَ المبيعُ مُلكاً على أنَّه قد يكون البيع فاسداً، مع أنَّه لا يكون كلٌّ من عوضيه مالاً، كما إذا باع وسَكَتَ عن الثَّمنِ، فالبيعُ فاسدٌ عندهما حتى يَمْلِكَ بالقبضِ[١] ويَجِبَ الثَّمنُ، وهو القيمة.

(وَلَزِمَهُ[٢] مثله حقيقةً أو معنىً): أي إن هَلَكَ في يدِ المشتري وَجَبَ[٣] عليه المثلُ

الأوّل: إنّ قوله: بيعاً فاسداً لا يفيدُ ما هو المقصود، فإنَّ الفاسدَ قد يرادُ به الباطل، كما أنَّ العلامةَ القُدُوريّ في أوَّل (كتاب البيع)(٢) جعلَ البيعَ بالميتةِ فاسداً مع أنّه باطلٌ بالاتّفاق، فعسى أن يتوهّم أنَّ المرادَ منها هاهنا أيضاً بقوله: بيعاً فاسداً هو الباطل، فأخرجَهُ هذا القيد.

والثاني: البيعُ قد يكون فاسداً مع أنَّ كلاً من عوضيه لا يكون مالاً، كما إذا باعَ شيئاً وسكتَ عن الثَّمنِ فانتفى أنَّ كلاًّ من عوضيهِ مالٌ فينبغي أن يكون باطلاً، والحالُ أنّه فاسدٌ عندهما يترتَّبُ عليه أثرُ البيعِ الفاسد، وهو الملكُ للمشترى بالقبض، ووجوبُ القيمة عليه، ولا يذهبْ عليك أنَّ القيمةَ وإن لم تكن مذكورةً حقيقةً لكنّها مذكورةٌ. كما صرَّحَ به في «الذخيرة» وغيرها.

[١]قوله: حتى يملكَ بالقبض؛ لأنّ مطلقَ العقد يقتضي المعاوضة، فإذا سكتَ كان غرضُهُ قيمته، فكأنّه باع بقيمته. كذا في «الكفاية»(٣).

[٢]قوله: ولزمه...الخ؛ وهذا أَوْلَى ممّا قال في «الكنز»(٤) وغيره: ملكَه بقيمته؛ لأنّه لا يشملُ حكمَ ذواتِ الأمثال.

[٣]قوله: وجب...الخ؛ لأنّه مضمونٌ بنفسه بالقبض، فشابه الغصب، والحكمُ في الغصب كذلك، بناءً على أنَّ المثلَ صورةً ومعنىً أعدلُ من المثلِ معنىً، فلا يعدلُ عنه

(١) أي «مختصر القدوري»(ص٣٦).

(٢) من «مختصر القدوري»(ص٣٦).

(٣) «الكفاية»(٦ : ٩٦).

(٤) «كنز الدقائق»(ص١٠١).

ولكلٍّ منهما فسخَهُ قبلَ القبضِ، وكذا بعدَهُ ما دامَ في مِلْكِ المشتري إن كان الفسادُ في صُلْبِ العقدِ كبيعِ درهمٍ بدرهمينِ، ولِمَن له الشَّرطُ إن كان بشرطٍ زائدٍ، كشرطِ أن يُهْدِي له هديةً

حقيقةً[1] في ذواتِ الأمثالِ، والمثلُ معنىً: وهو القيمةُ وقت القبضِ في ذواتِ القيم.

(**ولكلٍّ منهما**[2] **فسخَهُ قبلَ القبضِ، وكذا بعدَهُ ما دامَ في مِلْكِ المشتري إن كان الفسادُ في صُلْبِ العقدِ كبيعِ درهمٍ بدرهمينِ**)، أرادَ[3] بالفسادِ في صُلْبِ العقدِ الفسادُ الذي يكونُ في أحدِ العوضينِ، (**ولِمَن له الشَّرطُ إن كان بشرطٍ زائدٍ، كشرطِ أن يُهْدِي له هديةً**): ذَكَرَ في «الذَّخيرة»: إنّ هذا قولُ محمدٍ[4] ﷺ، وأمَّا عندهما فلكلٍّ واحدٍ منهما حقُّ الفسخ؛ لأنَّ الفسخَ لحقِّ الشَّرعِ لا لحقِّ أحد المتبايعين، فإنَّهما راضيان بالعقدِ.

إلا إذا تعذَّر، وإنّما تعتبرُ قيمته يومَ القبضِ، وإن زادت قيمته في يده فأتلفه فإنّه دخلَ في ضمانه بالقبض، فلا تعتبرُ كالمغصوب. كذا في «الكافي»، والقولُ في القيمة للمشتري؛ لأنَّ البائعَ يدَّعي عليه الزيادة، وهو يُنْكِر.

[1]قوله: حقيقة؛ أي صورةً ومعنىً فيما إذا كان من المثليَّاتِ فالكيليُّ والوزنيُّ والعدديُّ المتقارب [يجب فيه المثل، وفيما إذا كان من ذوات القيم كالحيوان والعدديات المتفاوتة يجب القيمة].

[2]قوله: ولكلٍّ منهما؛ أي من المتعاقدين فسخه: أي ولايةُ فسخُ البيعِ الفاسد، وأمّا باعتبارِ الحقِّ فالفسخُ حقُّ اللهِ تعالى؛ لأنّ إعدامَ الفسادِ واجبٌ قبل القبض، وهذا ظاهر؛ لأنَّ البيعَ الفاسدَ لا يفيدُ حكمه، وهو الملك، فيكونُ الفسخُ امتناعاً منه.

وكذا ولايةُ الفسخِ بكلٍّ منهما بعده: أي بعدَ القبضِ ما دامَ في ملكِ المشتري؛ احترازاً عن المسألة الآتية، وهي قوله: «فإن باعه...» الخ؛ ففيها سقوطُ حقِّ الفسخِ إن كان الفسادُ في صلبِ العقد، وإن لم يكن فيه فلا يكونُ الفسخ لكلٍّ منهما، بل لِمَن له الشرط، كما سيأتي آنفاً.

[3]قوله: أراد...الخ؛ لأنَّ صلبَ الشيء ما يقومُ به ذلك الشيء، وقيامُ العقدِ بالعوضين، فكلُّ فسادٍ تمكَّن في أحدِ العوضين يكون فساداً في صلبِ العقد، كبيع درهمٍ بدرهمين، وبيع ثوبٍ بخمرٍ أو خنزير.

[4]قوله: هذا قول محمد ﷺ؛ ووجهه: أنَّ منفعةَ الشرطِ لمَّا كانت عائدةً إليه كان

فإن باعَهُ المشتري، أو وهَبَهُ وسَلَّمَهُ، أو أعتقَهُ صحَّ، وعليه قيمتُهُ، وسقطَ حقُّ الفسخ، ولا يأخذُهُ البائعُ حتى يَرُدَّ ثَمَنَهُ

(**فإن باعَهُ المشتري**[١]، **أو وهَبَهُ وسَلَّمَهُ، أو أعتقَهُ صحَّ، وعليه قيمتُهُ، وسقطَ حقُّ الفسخ**)؛ لأنَّهُ[٢] تعلَّقَ به حقُّ العبد، وإنَّما يفسخُ حقّاً لله تعالى، وإذ اجتمعَ حقُّ الله تعالى، وحقُّ العبدِ يُرجَّحُ حقُّ العبدِ لحاجتِه.

(**ولا يأخذُهُ البائعُ حتى يَرُدَّ ثَمَنَهُ**): أي البائعُ إذا فسخَ البيعَ الفاسد لا يأخذُ المبيعَ حتى يَرُدَّ الثَّمَن؛ لأنَّ المبيعَ[٣] محبوسٌ بالثَّمَن بعدَ الفسخ.

الفسخُ له دونَ الآخر؛ لأنَّ في فسخِ الآخرِ إبطالُ حقِّ مَن له منفعةُ الشرط، وهو تصحيحُ العقد، بإبطالِ ذلكَ الشرط. كذا في «كمال الدراية»(١).

[١]قوله: **فإن باعَه المشتري**؛ أي باعَ المشتري المبيعَ فاسداً بيعاً صحيحاً لغيرِ بائعه، وإنّما قيّدناه بهذين القيدين؛ لأنه لو باعه بيعاً فاسداً لا يمنعُ النقض: كالبيعِ الذي فيه الخيار؛ لأنه ليس بلازم، ولو باعَهُ من بائعه كان نقضاً للبيع، كما تقرَّر في موضعه، أو وهبه وسلّمه.

وقيّد بالتسليم؛ لأنَّ الهبةَ لا تفيدُ الملكَ إلاَّ به بخلاف البيع، أو أعتقه بعد قبضِه، وتوابعُ الإعتاقِ من التدبيرِ والاستيلادِ كالإعتاق، أو وقفه أو رهنه، أو وصَّى به صحَّ البيع، ونفذَ في جميعِ الصُّورِ المتقدّمة، وعليه قيمتُه؛ لامتناعِ الردِّ وسقط حقُّ الفسخ فإذا زالَ المانعُ عادَ الفسخ، والتفصيل في المطوّلات.

[٢]قوله: **لأنّه**...الخ؛ توضيحُهُ: أنّ المشتري ملكَ المبيعَ بالقبض، فينفذُ تصرُّفُه فيه، وينقطعُ بعد التصرُّفِ حقُّ البائع من الاسترداد، سواءً كان تصرُّفاً لا يحتملُ النقض؛ كالتَّحرير، أو يحتمله كالبيع؛ لأنَّ بهذه التصرُّفاتِ تعلُّق حقّ العبد، وبالبيعِ الفاسدِ تعلَّقَ [حقّ] الشرع، وهو الفسخ.

فغلبَ حقُّ العبدِ لحاجته على حقِّ الشَّرع لغنائه؛ ولأنّ هذه التصرُّفاتِ بتسليطِ من البائع فلا يملكُ نقضَها؛ لأنَّ سعيَ الإنسانِ في نقضِ ما تمَّ من جهته مردود.

[٣]قوله: **لأنَّ المبيعَ محبوسٌ بالثمن**؛ كالرّهن؛ فإنّه يصيرُ محبوساً بالدَّينِ إلاَّ أنّ الرَّهن مضمونٌ بأقلَّ من قيمتِه ومن الدَّين، وهاهنا المبيعُ مضمونٌ بجميعِ قيمته، كما في

(١) «كمال الدراية»(ق٤٠٠).

فإن مات هو فالمشتري أحقُّ به حتى يأخذَ ثَمَنَه، وطابَ للبائعِ ربح ثَمَنِهِ بعد التَّقابضِ لا للمشتري ربح مبيعِهِ فيتصدَّقُ به

(**فإن مات هو فالمشتري أحقُّ به حتى يأخذَ ثَمَنَه**): أي باعَ شيئاً بيعاً فاسداً ووقعَ التَّقابض، ثم فَسَخَ البيع، ثم ماتَ البائعُ، فللمشتري[1] حقُّ حبسِ المبيع حتى يأخذَ الثَّمنَ ولا يكونُ أسوةً[2] لغرماءِ البائع.

(**وطابَ للبائعِ ربحِ ثَمَنِهِ بعد التَّقابضِ[3] لا للمشتري ربح مبيعِهِ فيتصدَّقُ به**)، صورة المسألة: باعَ جاريةً بيعاً فاسداً بالدَّراهمِ أو بالدَّنانيرِ وتقابضا، فباعَ المشتري الجارية وربحَ، لا يطيبُ له الرِّبح، وإن رَبِحَ البائعُ في الثَّمنِ يطيب له الرِّبح. والفرقُ[4]

الغصب. كذا في «الكفاية»(١).

[١]قوله: **فللمشتري**...الخ؛ لأنَّ المشتري يقدَّم على البائعِ في حياته، فكذا على ورثته وغرمائه بعد وفاته كالرَّاهن؛ فإنّه إذا ماتَ وله ورثةٌ وغرماء، فالمُرْتَهِنُ أحقُّ بالرَّهنِ من الورثةِ والغرماء، حتى يستوفيَ الدَّين، فيأخذُ المشتري دراهمَ الثَّمنِ بعينِها لو كانت قائمة؛ لأنّها تتعيَّنُ في البيعِ الفاسدِ في الأصحّ، ويأخذُ مثلَها لو كانت دراهمُ الثمنِ هالكة؛ لأنّها مثليَّة.

[٢]قوله: **أسوة**؛ بالكسرِ والضم: بيشواد اقتدا، ومنهُ لي في فلانٍ أسوة، وصبروانجه بدان تسلى اندوهكين كَردد. وكذا في «منتهى الأرب»، وفي «المنتخب»: بيشوا ومقتدا وخصلتي كه بدان اقتدا كرده شود. قال الله ﷻ: ﴿ **لَّقَدْ كَانَ لَكُمْ فِي رَسُولِ اللَّهِ أُسْوَةٌ حَسَنَةٌ** ﴾(٢). انتهى. لكنَّ المرادَ به التساوي هاهنا.

[٣]قوله: **بعد التقابض**؛ أي اشتراكُ البائعِ والمشتري في قبضِ المبيعِ والثمن؛ لتملُّكِه، ولم يطب قبله؛ لعدمِ تملُّكه.

[٤]قوله: **والفرق**؛ أي في أنَّ الرِّبحَ طيبٌ لبائعِ الجاريةِ في الثَّمن، وغيرُ طيِّبٍ لمشتريها، حاصلُ الفرق: أنَّ الجاريةَ ممَّا يتعيَّن، فيتعلَّقُ العقدُ بها، فيتمكَّنُ الخبثُ في

(١) «الكفاية»(٦: ١٠١).

(٢) الأحزاب: ٢١.

....

أن المبيعَ متعيّنٌ[١] في العقدِ فيكون فيه خبثٌ؛ بسببِ فسادِ الملك، وفي فسادِ الملكِ شبهةُ عدمِ الملك، فالشبهةُ ملحقةٌ بالحقيقةِ في الحرمة؛ فإن النَّبيَّ ﷺ: «نَهَى[٢] عن الرِّبا وَالرِّيْبَةِ»

ربحِها، فيتصدّقُ به، والدراهمُ والدنانيرُ لا يتعيَّنُ في العقد، فلا يتعلَّقُ العقدُ بعينها، فلا يتمكَّن الخبثُ في ربحِها؛ وذلك لأنَّ الخبثَ على نوعين:

١. خبثٌ لعدمِ الملكِ ظاهر.

٢. أو خبثٌ لفسادِ الملك.

والمالُ أيضاً على نوعين:

١. مال يتعيَّنُ كالعروض.

٢. ومالٌ لا يتعيَّن كالنقود.

فالخبثُ لعدمِ الملكِ يعملُ في النوعين، كما أنَّ المودِعَ أو الغاصبَ إذا تصرَّف في العروضِ أو النقودِ وربحَ يتصدّقُ بالرِّبح عند الإمامِ ﷺ ومحمّد ﷺ؛ لأنَّ العقدَ فيما يتعيّنُ يتعلَّقُ بمالِ غيرِهِ ظاهراً، فتمكَّن حقيقةُ الخبث، وفيما لا يتعيّن يتعلّقُ بمالِ غيرِهِ من حيث سلامةِ المبيعِ به، وتقدير الثمن، فصار ملكُ الغيرِ وسيلةً إلى الربحِ من وجه، فتمكَّن فيه شبهةُ الخبث.

وأمَّا الخبثُ لفسادِ الملك، فيعمل فيما يتعيّن لا فيما لا يتعيَّن؛ لأنَّ فسادَ الملكِ دون عدمِ الملك، فينقلب حقيقة الخبثِ هناك شبهةً هاهنا، فيعتبرُ ويتعلَّق شبهةُ الخبث فيما لا يتعيّن هناك شبهةُ الشبهة هاهنا فلا يعتبر.

[١]قوله: **متعيّن**؛ ومعنى التعيّن أنّه إذا باعَ جاريةً معيّنةً مثلاً ليس له أن يعطيَ جاريةً أخرى، ولمّا تعلَّق العقد بها، وحصلَ الربح من هذه الجارية المشتراة، فقد كان الربحُ حاصلاً من بدلِ المملوكِ ملكاً فاسداً، فيتمكَّنُ الخبثُ بخلاف الدّراهم والدنانير، فإنّ له أن يعطيَ غيرَ ما هو في كيسه وقت العقد من الدراهمِ والدنانير، ولمّا لم يتعلَّق العقد بهما، فلا يتمكَّن الخبث فيها.

[٢]قوله: **نهى... الخ**؛ عن عمرَ بن الخطّاب ﷺ: إنَّ آخر ما نزلت آيةُ الربا، وإنَّ

....

وأمّا الدَّرَاهمُ والدَّنانيرُ فغيرُ متعيِّنةٍ[١] في العقدِ، ولو كانت فيه متعيِّنةً كانت فيها شُبْهةُ الخبثِ بسببِ الفساد، فعند عدم التَّعيينِ يكونُ في تعلُّقِ العقدِ بها شبهة، فيكون فيها شبهةُ الشُّبْهةِ[٢]، ولا اعتبارَ لها[٣]، هذا في الخبثِ بسببِ فسادِ الملك

رسولَ الله ﷺ، قبضَ ولم يفسّرها: «فدعوا الرّبا والريبة»(١)، رواهُ ابنُ ماجه، والدَّارِميّ، يعني: هي ثابتةٌ غيرُ منسوخة، لكنَّ رسولَ الله ﷺ قبضَ ولم يفسِّرها بحيث يحيطُ بجميع جزئيّاته وموادّها، فينبغي لكم أن تدَعُوا الرِّبا الصَّريحَ وما يشبه الأمر فيه تورُّعاً واحتياطاً، هذا ما يفهمُ من ظاهرِ سوقِ العبارة.

وقال الطِّيبي(٢): يعني إنَّ هذه الآيةِ ثابتةٌ غيرُ منسوخةٍ، غير مشتبهة؛ فلذلك لم يفسِّرها النبيُّ ﷺ فأجروه على ما هيَ عليه، ولا ترتابوا فيها واتركوا الحيلةَ في حلِّ الربا. كذا في «اللمعات».

[١]قوله: **فغيرُ متعيّنة**؛ لأنَّ المشتري لو أشارَ إليهما بهذه الدَّراهمَ والدَّنانيرِ له أن يتركَها ويدفعَ غيرها إلى البائع بلا نكير.

[٢]قوله: **فيكون فيها شبهةُ الشبهة**؛ لأنَّ تعلُّقَ سلامةِ المبيع، أو تقديرِ الثَّمنِ اللذين كانا شبهةَ خبث؛ لحصولهما بمالِ الغيرِ من كلِّ وجه لم يبقَ كذلك، بل بما له فيه شائبةُ ملك. كذا في «العناية»(٣).

[٣]قوله: **ولا اعتبار لها**؛ لأنّها لو كانت معتبرةً لكان ما دونها معتبرةً أيضاً، فلا يكونُ البيعُ خالياً عن شبهةِ الشبهة، فيفسدُ بابُ التِّجارةِ ألا وهو مفتوح؛ ولأنَّ الأصلَ في الكسبِ الشبهة، فقد عدلَ عن هذا الأصلِ في حقِّ الشُّبهة، فبقيَ ما انحطَّ عنها على الأصل. كذا في «النهاية».

---

(١) في «سنن ابن ماجة»(٢: ٧٦٤)، و«مسند أحمد»(١: ٤٩، ٣٦)، قال الكناني في «مصباح الزجاجة»(٣: ٣٥): هذا إسناد صحيح رجاله ثقات.

(٢) وهو الحسينُ بنُ محمَّد بن عبد الله الطِّيبيّ، شرفُ الدين، قال ابن حجر: الإمام المشهور، كان ذا ثروةٍ من الإرث والتجارة، فلم يزل ينفق ذلك في وجوه الخيرات إلى أن كان في آخر عمره فقيراً، وكان كريماً متواضعاً، من مؤلفاته: «الخلاصة في معرفة الحديث»، و«شرح الكشاف»، و«شرح مشكاة المصابيح»، (ت٧٤٣هـ). ينظر: «الدرر الكامنة»(٢: ٦٨-٦٩)، و«البدر الطالع»(١: ٢٢٩-٢٣٠)، و«الأعلام»(٢: ٢٨٠)، و«الكشف»(١: ٧٢٠).

(٣) «العناية»(٦: ١٠٥).

كما طابَ ربحُ ما ادَّعاهُ فقضي بالمال، ثم ظهرَ عدمُهُ بالتَّصادق

أمَّا الخبثُ بسببِ عدم الملكِ فيشملُ النَّوعينِ هذا[١] عند أبي[٢] حنيفةَ ﷺ، يعني: إن رَبِحَ في المغصوبِ لا يَطِيبُ سواءٌ كان المغصوبُ ممَّا يتعيَّنُ كالجاريةِ مثلاً، أو ممَّا لا يتعيَّنُ كالدَّراهمِ والدَّنانيرِ، حتى إنْ باعَ الدَّراهمَ أو الدَّنانير المغصوبةَ، وحصلَ فيها ربحٌ لا يكون طيباً؛ لأنَّ في الأوَّلِ حقيقةَ الخبث، وفي الثَّاني[٣] شبهة، والشُّبهةُ ملحقةٌ بالحقيقة.

(كما طابَ[٤] ربحُ ما ادَّعاهُ فقضي بالمالِ، ثم ظهرَ عدمُهُ بالتَّصادق): أي ادَّعَى على رجلٍ مالاً فقضاهُ، فرَبِحَ فيه المُدَّعي، ثمَّ تصادقا على أن هذا المالَ لم يكن على المُدَّعَى عليه، فالرِّبحُ طيّبٌ

---

[١]قوله: **هذا**؛ أي المذكور من الفرقِ بين ما يتعيّن وبينَ ما لا يتعيّن، حيث لا يطيبُ الربحُ في الأوّلِ ويطيبُ في الثَّاني.

[٢]قوله: **عند أبي حنيفةَ** ﷺ؛ ومحمَّدٍ ﷺ أيضاً، كما صرَّحَ به العَيْنِيُّ(١)، وصاحبُ «الهداية»(٢) وغيرهما، وفي بعض النسخ: هذا عند أبي حنيفة ﷺ، فالإشارةُ إلى شموله للنّوعين، وقال أبو يوسف ﷺ: يطيبُ له الربحُ مطلقاً؛ لأنّ عنده شرطُ الطيبِ الضَّمان، وقد وُجد، وعند زفر والشافعيّ ﷺ: لا يطيبُ في الكلّ. كذا في «مجمع الأنهر»(٣).

[٣]قوله: **وفي الثاني**؛ أي فيما لا يتعيّن، وإن لم يكن بدلَ مالِ الغير؛ لعدمِ تعلُّقِ العقدِ به، بل بمثلِ ذلك في الذمّة، لكن إنّما يوصلُ إلى الربحِ بأداءِ المغصوب، فيتمكّنُ فيه شبهةُ الخبث، والشبهةُ ملحقةٌ بالحقيقةِ في الحرمة؛ لورودِ التأكيدِ في الاحترازِ عنها.

[٤]قوله: **كما طاب**...الخ؛ أي كما طابَ للبائعِ ربحُ ثمنه بعد التقابض، كذلك طابَ ربحُ مالٍ ادَّعاهُ مدَّعٍ فقضى المدَّعى عليه بذلك المال، ثمَّ ظهرَ بالتَّصادقِ أنّ هذا المال لم يكن على المدَّعى عليه.

---

(١) في «الرمز»(٢: ٣٢).

(٢) «الهداية»(٣: ٥٣).

(٣) «مجمع الأنهر»(٢: ٦٧).

....

لأنَّ[1] المالَ المقضي به بَدَلُ الدَّينِ الذي هو حقُّ المُدَّعِي، والمُدَّعي باعَ دينَه بما أخذ، فإذا تصادقا على عدمِ الدَّينِ صارَ كأنَّه استحقَّ مِلْكَ البائع، وبَدَلُ المستحقِّ مملوكٌ ملكاً فاسداً، فيكونُ البيعُ في حقِّ البدلِ بيعاً فاسداً، فلا يؤثِّرُ الخبثُ فيما لا يتعيَّنُ بالتَّعيين.

فإن قيل: ذكرَ في «الهداية» في المسألةِ السَّابقة: ثُمَّ إذا كانت دراهمُ الثَّمنِ قائمةً يأخذُها بعينها؛ لأنَّها تتعيَّنُ بالتَّعيين في البيع الفاسد، وهو الأصحُّ؛ لأنَّه بمَنْزلةِ الغصب(1). فهذا يُناقضُ ما قُلْتُم من عدمِ تعيين الدَّراهم والدَّنانير.

قلنا[2]: يمكنُ التَّوفيقُ بينهما بأنّ لهذا العقدِ شبهتين:

١. شبهةُ الغصب.

٢. وشبهة البيع.

فإذا كانت قائمةً اعتبرَ شبهةُ الغصبِ سعياً في رفعِ العقدِ الفاسد، وإذا لم تكنْ قائمةً فاشترى بها شيئاً، يعتبرُ شبهةُ البيع، حتى لا يسري الفسادُ إلى بدلِهِ كما ذكرنا من شبهةِ الشُّبْهة. وأيضاً لتداول الأيدي تأثيرٌ في رفعِ الحرمةِ على ما عُرف

[1]قوله: لأن...الخ؛ حاصله: أنّ المال المؤدّى يكون بدلَ الدَّينِ الذي هو حقُّ المدّعي بإقرارِ المدَّعى عليه؛ إذ المرءُ يؤاخذُ بإقراره حكماً، فيصيرُ المدّعي بائعاً دينَه بما أخذ، فلمَّا تصادقا على أنَّ الدَّينَ لم يكن على المدَّعى عليه، صار المدّعي كأنّه استحقَّ الدَّين، فيلزمُ أن يكونَ الدَّينُ ملكاً بالبيعِ الفاسد؛ لأنَّ المبيعَ هاهنا فاسدٌ في حقِّ البدل، وهو غيرُ قائم.

كما لو باعَ جاريةً بألف درهمٍ تقابضا، فاستحقّت كان الثمنُ مملوكاً للبائع؛ لوجوبِ ردِّه عليه، ولكن لا يبطل، فتتمكَّنُ فيه شبهةُ عدمِ الملك، ولو حصلَ الرِّبحُ في دراهمَ غيرِ مملوكةٍ تتمكَّن في الربحِ شبهةُ الخبث، وإذا حصلَ من دراهمٍ فيها شبهةُ عدمِ الملك، كان فيه شبهةُ شبهةِ الخبث، فلا تعتبر، فلا يؤثِّرُ الخبثُ فيما لا يتعيّن بالتّعيين من الدَّراهم والدنانير.

[2]قوله: قلنا...الخ؛ قال في «الدرر»(2): إنّ ما ذكرَهُ صدرُ الشريعة لا يفيدُ التَّوفيقَ

(1) انتهى من «الهداية»(٣: ٥٢).

(2) «درر الحكام»(٢: ١٧٥).

ولو بَنَى في دارٍ شراها شراءً فاسداً لَزِمَهُ قيمتُها، وشَكَّ أبو يوسف رضي الله عنه فيها

(ولو بَنَى[1] في دارٍ شراها شراءً فاسداً لَزِمَهُ قيمتُها[2]، وشَكَّ أبو يوسف رضي الله عنه فيها): هذا عند أبي حنيفة رضي الله عنه

بين كلامَي «الهداية»(١)، وإنّما يفيدُ دليلاً للمسألة لا يردُ عليه ما يردُ على «الهداية»، فالوجهُ ما قال في «العناية»(٢): إنّما يستقيمُ على الرِّوايةِ الصَّحيحة، وهي أنّها لا تتعيّن لا على الأصح، وهو ما مرّ أنّها تتعيّن في البيعِ الفاسد. انتهى.

ويمكنُ الدَّفعِ بوجهٍ آخرٍ وهو أنَّ المرادَ بالعقودِ العقودُ الصحيحة؛ لأنَّ المطلقَ ينصرفُ إلى الكامل، فحينئذٍ عدمُ التعيينِ سواءً كان في المغصوب أو ثمنِ المبيع بالبيعِ الفاسدِ إنّما هو في العقد الثاني، فلا يضرُّ تعيّنه في الأوّل، فعلى هذا ينبغي أن يكون جوابُ صاحب «العناية»(٣) بلا حصر. تدبّر.

وقال في «الفرائد»: كلامُ صدرِ الشَّريعةِ يفيدُ دفعَ التناقض؛ لأنَّ حاصلَ التناقضِ أنَّ صاحبَ «الهداية»(٤) قال فيما سبق: الثمنُ في البيعِ الفاسدِ يتعيّن بالتّعيين، وفي هذه المسألة لا يتعيّن، وحاصلُ الدَّفعِ أنّ التعيُّنَ بالتّعيينِ في حالةِ قيامِ الثّمن، وعدمَ التعيُّنِ في حالةِ عدمه، ولا يتحقّقُ التناقضُ إلا إذا اتّحدَ الجهتان. انتهى.

هذا وجهٌ لكنّه خلافُ ما صرّحوا به؛ لأنّهم قالوا: ثمَّ إن كانت دراهمُ الثَّمنِ قائمةٌ يأخذها بعينها؛ لأنّها تتعيّن بالتعيينِ على روايةِ أبي سليمان رضي الله عنه، وهو الأصحّ، وفي روايةِ أبي حفصٍ رضي الله عنه لا تتعيّن. كما في «العناية»(٥) وغيرها، فبهذا علمٌ أنّ هذا التوجيهَ ليسَ بدافع، تدبّر. كذا في «مجمع الأنهر»(٦).

[١]قوله: ولو بنى...الخ؛ يعني لو اشترى داراً شراءً فاسداً فبناها، لزمَ المشتري قيمةُ هذه الدَّار، وليس للبائع أن يأخذَها، وهذه المسألةُ رواها أبو يوسفَ رضي الله عنه ثمَّ شكَّ بعد ذلك في سماعِهِ إيّاها عن الإمام رضي الله عنه.

[٢]قوله: لزمه قيمتها؛ لأنَّ البناءَ ممّا يقصدُ به الدوام؛ إذ البناءُ ليس للنَّقض،

---

(١) «الهداية»(٣: ٥٢).

(٢) «العناية»(٦: ١٠٤).

(٣) «العناية»(٦: ١٠٤).

(٤) «الهداية»(٣: ٥٢).

(٥) «العناية»(٦: ١٠٤).

(٦) «مجمع الأنهر»(٢: ٦٧-٦٨).

....

وعندهما[1] يُنْقَضُ البناء.

وهذه المسألةُ من المسائلِ(١) التي أَنْكَرَ أبو يوسفَ رضي الله عنه روايتَها عن أبي حنيفةَ رضي الله عنه

والمشتري يتضرَّرُ بنقضِ البناءِ بلا جائز، والبائعُ يتضرَّرُ مع جائز، مع أنّه حصلَ بتسليطِه، فكان رعايةُ حقِّ المشتري أولى، فينقطعُ للبائعِ حقُّ الاسترداد، كما لو باعَه المشتري بيعاً صحيحاً، بخلافِ الشفيع؛ لأنّه لم يحصلْ البناءُ بتسليطِ الشفيع. كذا في «الكفاية»(٢).

[1]قوله: وعندهما؛ ينتقضُ البناء، ويردُّ الدَّارَ على البائع؛ لأنَّ حقَّ الشفيعِ أضعف؛ فلهذا يحتاجُ إلى الرِّضاءِ أو القضاء، ولا يورث، بخلافِ حقِّ البائع؛ ولهذا

---

(١) نصُّوا على أنها ستّ مسائل، وذكرها ابن نجيم نقلاً عن السراج الهندي لكن لم يذكر فيها هذه المسألة، وهذه المسائل هي:

الأولى: رجل صلى التطوع أربعاً وقرأ في إحدى الأوليين وإحدى الأخريين لا غير، روى محمد أنه يقضي أربعاً، وقال أبو يوسف: إنما رويت له ركعتين، واعتمد مشايخنا رواية محمد.

والثانية: مستحاضة توضأت بعد طلوع الشمس تصلي حتى يخرج وقت الظهر، قال أبو يوسف: إنما رويت لك حتى يدخل وقت الظهر.

والثالثة: المشتري من الغاصب إذا أعتق ثم أجاز المالك البيع نفد العتق، قال: إنما رويت لك أنه لا ينفد.

والرابعة: المهاجرة لا عدة عليها ويجوز نكاحها إلا أن تكون حبلى فحينئذ لا يجوز نكاحها، قال: إنما رويت لك أنه يجوز نكاحها ولكن لا يقربها زوجها حتى تضع الحمل.

والخامسة: عبد بين اثنين قتل مولى لهما فعفا أحدهما بطل الدم كلّه عند أبي حنيفة، وقالا: يدفع ربعه إلى شريكه أو يفديه بربع الدية، وقال أبو يوسف: إنما حكيت لك عن أبي حنيفة كقولنا وإنما الاختلاف الذي رويته في عبد قتل مولاه عمداً وله ابنان فعفا أحدهما إلا أن محمداً ذكر الاختلاف فيهما، وذكر قول نفسه مع أبي يوسف في الأولى.

السادسة: رجل مات وترك ابناً له وعبداً لا غير فادّعى العبد أن الميّت كان أعتقه في صحّته، وادّعى رجل على الميت ألف دينار وقيمة العبد ألف، فقال الابن: صدقتما. يسعى العبد في قيمته وهو حر، ويأخذها الغريم بدينه، وقال أبو يوسف: إنما رويت لك ما دام يسعى في قيمته أنه عبد. ينظر: «البحر الرائق»(٢: ٦٥)، و«العناية»(٦: ١٠٣)، و«النافع الكبير»(ص٣٣).

(٢) «الكفاية»(٦: ١٠٢).

فإنّ أبا يوسفَ ﷺ قال لمحمدٍ ﷺ: ما رويتُ لك عن أبي حنيفة ﷺ أنّه يأخذُها بقيمتِها، بل رويتُ أنّهُ ينقضُ البناء

ثبتَ حقُّ البائعِ في الاستردادِ من غيرِ قضاءٍ ولا رضاءِ المشتري، ويورثُ هذا الحقّ، ولا يورثُ حقُّ الشفعة، وكذا حقُّ البائعِ انضمَّ إليه حقُّ الشَّرعِ حتى يجبَ عليهما نقضُ هذا البيع، ولا يجبُ على الشفيعِ الأخذُ بالشُّفعةِ ثم ينقضُ بناءَ المشتري لحقِّ الشفيع، فلحقِّ البائعِ أولى. كذا في «الكفاية»[1].

ورجَّحَ في «الفتح» مذهبهما، حيث قال: «قولهما أوجه، وكونُ البناءِ يقصدُ به الدَّوامُ يمنع للاتّفاقِ في الإجارةِ على إيجابِ القلع، فظهرَ أنّه قد يرادُ للبقاء، وقد لا.

فإن قيل: إنّ المستأجرَ يعلمُ أنّه يكلّفُ القلعَ ففعله مع ذلك دليلٌ على أنّه لم يردْ البقاء.

قلنا: المشترى فاسداً أيضاً يكلّفُ القلعَ عندنا». انتهى[2].

وتعقّبَه في «النهر» حيث قال: «أقول: البناءُ الحاصلُ بتسليطِ البائع إنّما يقصدُ به الدَّوامُ بخلافِ الإجارة، وبهذا عرفَ أنَّ محطَّ الاستدلالِ إنّما هو التَّسليطُ من البائع، وكلُّ ما هو كذلك ينقطعُ به حقُّ الاسترداد». انتهى.

قلت[3]: وفيه أنّ المؤجِّرَ أيضاً سلَّطَ المستأجرَ على الانتفاعِ بأرضه، والمستأجرُ يملكُ البناء، فالأحسنُ الجوابَ بالفرقِ بين التَّسليطينِ بأنَّ البائعَ سلَّطه على المبيع على وجهٍ قد ينقطعُ به حقُّ الاسترداد، بأن يخرجَه عن ملكه ببيعٍ ونحوها، أو بأن يفعلَ فيه ما يقصدُ به الدوام؛ لجوازِ أن لا يطلبَ البائعُ الفسخَ قبله، بخلافِ المؤجِّرِ فإنّه إنّما سلَّطَه في وقتٍ خاصّ.

وأمّا كونُ الفسخِ حقاً للشَّرعِ فلا يبطلُ بتسليطِ البائعِ فينقضُ بأنّه قد بطلَ بإخراجه عن ملكه ببيعٍ ونحوه، وهو بتسليطِ البائع، فكذا هاهنا تقديماً لحقِّ العبدِ لفقرِه، وكونِ البيعِ ونحوه تعلّقَ به حقُّ الغيرِ فيقدَّم، وهاهنا تعلَّقَ به حقُّ العاقدِ العاصي فلا

(١) «الكفاية»(٦: ١٠٢).

(٢) من «فتح القدير»(٦: ١٠٣-١٠٤).

(٣) القائل هو ابن عابدين ﷺ.

....

وقال محمّدٌ ﷺ: بل رويتَ الأخذَ بالقيمةِ لكن نسيت. فشكّ[1] أبو يوسف ﷺ في روايتِهِ عن أبي حنيفةَ ﷺ، ومحمدٌ ﷺ لم يرجعْ عن ذلك، وحملَهُ على نسيانِ أبي يوسف ﷺ، فإنَّهُ ذَكَرَ في (كتابِ الشفعة): إن المشتري إن اشترى شراءً فاسداً إذا بَنَى فيها فللشفيعِ الشُّفعةِ عند أبي حنيفةَ ﷺ، وعندهما لا شفعةَ له، فهذا يدلُّ[2] على انقطاع حقِّ البائع ببناءِ المشتري عند أبي حنيفةَ ﷺ خلافاً لهما.

يقدَّم، وقد يمنعُ بأنّ العاصي لم يبطل الشَّرعُ حقَّه، كمَن غصبَ حجراً وجعلَه أسّ حائطه، يضمنُ قيمتَه، ولا يكلَّفُ بنقضِ الحائط. كذا في «رد المحتار»(1).

[1]قوله: فشك؛ أي في أنّه هل سمعَ هذه الرِّواية عن الإمامِ أم لا، ولم يشكّ في الاختلاف.

[2]قوله: فهذا يدلُّ...الخ؛ إذ ثبوتُ حقّ الشفعة مبنيٌّ على انقطاعِ حقِّ البائعِ في الاسترداد، فيكونُ نصَّاً على الاختلافِ في انقطاعِ حقِّ البائعِ بالبناء؛ لأنَّ التنصيصَ على الاختلافِ في الفرعِ يكون تنصيصاً على الاختلافِ في أصلِ ذلك الفرع.

---

(1) «رد المحتار»(٤: ١٣١).

فصل فيما يكره

وكُرِهَ النَّجَشُ، والسَّوْمُ

فصل فيما يكره

(وكُرِهَ النَّجَشُ[1])، نَجْشُ الصَّيدِ: بسكونِ الجيمِ: إثارتُه، والنَّجشُ جاء[2] بفتح الجيم وسكونِه: وهو أن يساوم سلعةً لا يريدُ شراءها بأكثرَ من قيمتِها ليرى الآخرُ فيقعَ فيه.

(والسَّوْمُ[3])

[1]قوله: وكره النجش؛ لَمَّا فرغَ المصنّف ﷺ عن البيعِ الفاسد، وكان المكروه أدنى درجةً منه لكنّه شعبة من شعبه؛ لأنَّ القبح إذا كان لأمرٍ مجاورٍ كان مكروهاً، وإذا كان لوصفٍ متّصلٍ كان فاسداً، فألحقَ مباحثَ المكروهِ لمباحثِ الفاسدِ مؤخّراً، فقال: وكره النجش، وإنّما كرهَ ذلك لنهيِهِ ﷺ عنه، حيث قال: «لا تناجشوا»(1): أي لا تفعلوا النَّجش، أخرجَهُ البُخاريُّ ومسلمٌ من حديثِ أبي هريرةَ ﷺ عنه.

وسبب ذلك: إيقاعُ رجلٍ فيه بأزيدَ من ثمن، وهو خداع، والخداعُ قبيحٌ جاورَ هذا البيع، وكان مكروهاً. كذا في «العناية»(2)، وهذه الكراهةُ إذا كانت السلعةُ بلغت قيمتها، أمّا إذا لم تبلغ لا يكره لانتفاء الخداع، بل ذكر القُهُسْتَانِيُّ(3)، وابنُ الكمال(4) عن «شرح الطحاويّ»: إنّه في هذه الصورةِ محمودُ، والنَّجش: برانكيختن صيد، وناجش: انكرر وبرماند صيدي راو جيزي كدنه خري بزيادت باخواستن تادبكري درافتد. كذا في «الصراح» و«المنتخب».

[2]قوله: جاء...الخ؛ وقال في «الكفاية»: «هو بفتحتين، ويروى بالسكون: هو أن تستام السلعةَ بأزيد من ثمنها، ولا تريدُ شراءها، بل ليراكَ الآخرُ فيقعَ فيها، وكذا في النكاحِ وغيره». انتهى(5).

[3]قوله: والسوم؛ أي يكرهُ السومُ على سومِ غيره، وكذا البيعُ على بيعِ غيرِه؛

(1) في «صحيح البُخاريّ»(2: 752)، و«صحيح مسلم»(2: 1033).

(2) «العناية»(6: 106).

(3) في «جامع الرموز»(2: 26).

(4) في «الإيضاح»(ق97/أ).

(5) من «الكفاية»(6: 107).

على سَوْمِ غيرِهِ إذا رضيا بثمن، وتلقِّي الجلب المضرّ بأهلِ البلد

على سَوْمِ غيرِهِ[١] إذا رضيا بثمن[٢]، وتلقِّي الجلب المضرّ بأهلِ البلد)، الجَلَبُ المجلوبُ[٣]، فإنَّ المجلوبَ إذا قَرُبَ من البلدِ تعلَّق به حقُّ العامةِ، فيكرَهُ[٤] أن يستقبلَ البعضُ ويشتريه، ويمنعُ العامةَ عن شرائه

لما نهىَ رسولُ الله ﷺ عنه كما أخرجَه البُخاريُّ، ومسلمٌ من حديثِ ابن عمرَ ﷺ قال: «لا يبع بعضكم على بيعِ بعض»[١]، وفي لفظ: «لا يبع الرجلُ على بيع [بعض]، ولا يخطبُ على خطبةِ أخيه إلاَّ أن يأذنَ له»[٢].

وصورةُ السَّومِ: أن يستامَ الرَّجلانُ على السِّلعة، والبائعُ والمشتري رضيا بذلك العقد، ولم يعقدْ عقد البيعِ حتى دخلَ آخرٌ على سومِه، فإنّه يجوزُ لكن يكره لاشتماله على الإيحاشِ والإضرارِ وهما قبيحان، ينفكَّانِ عن البيع، وكان مكروهاً إذا جنحَ البائعُ إلى البيعِ بما طلبَ الأوَّلُ من الثمن، وكذلك في النكاح.

[١]قوله: **على سوم غيره**؛ ولو ذميَّاً أو مستأمناً، وذكرُ الأخِ في الحديثِ ليس قيداً بل لزيادةِ التنصير؛ لأنَّ السومَ على السَّومِ يوجبُ إيحاشاً وإضراراً، وهو في حقِّ الأخِ أشدُّ منعاً، كما في قوله ﷺ في الغيبة: «ذكرك أخاك»[٣]؛ إذ لا خفاءَ في منعِ غيبة الذميّ، والتفصيلُ في «النهر».

[٢]قوله: **إذا رضيا بثمن**؛ قيَّدَهُ به؛ لأنه إذا ساومَه ولم يركن أحدُهما إلى الآخر فلا بأس، فإنّ هذا بيعُ مَن يزيد كما سيأتي.

[٣]قوله: **الجَلَب المجلوب**؛ جلبَ الشيءَ جاءَ به من بلدٍ إلى بلدٍ للتِّجارة، والجلبُ هم الذين يجلبونَ النّعمَ من موضعٍ إلى موضعٍ للبيع، وقد يتوسّعُ فيه فيطلقُ على مَن يجلبُ الأقواتَ إلى البلدان، ولعلّه مصدر لغت به. كذا في «شرح البِرْجَنْدِيّ».

[٤]قوله: **فيكره أن يستقبلَ البعض**...الخ؛ وصورتُهُ على ما ذكرَه الإسبيجابيّ: إنَّ واحداً من أهلِ المصرِ أُخبِرَ بمجيءِ قافلةٍ عظيمة، وأهلُ المصرِ في قحطٍ وجدب، فتلقَّى ذلك الواحدُ القافلةَ واشترى منهم جميعَ ما يمتازون، ودخلَ المصرَ وباعَه على ما يريدُ

---

(١) في «صحيح البُخاريّ»(٢: ٧٥٩)، و«صحيح مسلم»(٢: ١٠٣٢).

(٢) في «صحيح البخاري»(٢: ٧٥٢)، و«صحيح مسلم»(٢: ١٠٣٢).

(٣) في «صحيح مسلم»(٤: ٢٠٠١).

وبيعُ الحاضرِ للبادي طمعاً في الثَّمنِ الغالي زمانَ القحط

وهذا إنَّما يُكْرَهُ إذا كان مضراً بأهلِ البلدِ[١]، وقد سمعتُ أبياتاً لطيفةً لمولانا برهانِ الإسلام ﷺ فكتبتها أحماضاً، وهي:

أبو بكرٍ الولد المنتخب أرادَ الخروجَ لأمرٍ عَجَب

فقال إنِّي عزمت الخروج لكفتارة هي لي أُمٌّ أب

فقلت: ألم تسمعنَّ يا بُنَي بنهي أَتَى عن تلقّي الجلب

(**وبيعُ الحاضرِ للبادي طمعاً في الثَّمنِ الغالي زمانَ القحط**)، صورتُهُ[٢]: أن البادي يَجْلِبُ الطَّعامَ إلى البلدِ فيطرحُهُ على رجلٍ يسكنُ البلدَ ليبيعَ من أهلِ البلدِ بثمنٍ غالٍ، فهذا يُكْرَهُ[٣] في أيّامِ العسرة.

من الثمن، ولو تركَهم فأدخلوا مِيرَتَهم بأنفسهم، وباعوها من أهل المصرِ متصرّفةً توسَّع أهلُ المصرِ بذلك، فإذا كان الأمرُ بذلك فهو مكروه، وإن كان أهلُ المصرِ لا يتضرّرون بذلك فلا يكره.

وقال بعضهم: صورتُه أن يتلقّاها رجلٌ من أهلِ المصرِ فيشتري منهم بأرخصَ من سعرِ المصر، وهم لا يعلمونَ سعرَ المصر، فالشراءُ جائزٌ في الحكم، ولكنّه مكروه؛ لأنّه غرر سواءٌ استضرَّ به أهلُ المصر أو لم يستضرُّوا به[١].

[١]قوله: **إذا كان مضراً بأهلِ البلد**؛ أو يلبسُ السعرَ على الواردين؛ لعدمِ علمهم به، فيكره للضَّررِ في الأوّل، وللغررِ في الثاني، وإذا انعدمَ الغررَ والتلبيس فلا يكره.

[٢]قوله: **صورته**...الخ؛ وقال بعضُهم: صورته: أنَّ الرَّجلَ إذا كان له طعامٌ وأهلُ المصرِ في قحطٍ وهو لا يبيعُهُ من أهلِ المصرِ حتى يتوسّعوا، ولكن يبيعُهُ من أهلِ البادية بثمنٍ غالٍ، وأهلُ المصرِ يتضرَّرون فلا يجوز، وإذا كانوا لا يتضرَّرون بذلك فلا بأسَ ببيعه منهم، وإلى هذه الصُّورةِ ذهبَ صاحبُ «الهداية»[٢].

[٣]قوله: **فهذا يكره**؛ لما أخرجَه البخاريُّ عن ابنِ عمرٍ ﷺ أنّه قال: «نهى رسول الله ﷺ أن يبيعَ حاضرٌ لبادٍ»[٣]؛ ولأنَّ فيه إضراراً بأهلِ البلدِ وهو قبيحٌ جداً، أمّا إذا

---

(١) ينظر: «حاشية الشلبي»(٤: ٦٨).
(٢) «الهداية»(٣: ٥٣).
(٣) في «صحيح البخاري»(٢: ٧٥٨).

والبيعُ عند أذانِ الجُمُعةِ، وتفريقُ صغيرٍ

(والبيعُ[١] عند أذانِ الجُمُعةِ، وتفريقُ صغيرٍ[٢]

كانوا في سعةٍ فلا بأسَ به كما صرَّحوا به.

[١]قوله: والبيع...الخ؛ للقبحِ المجاور، وهو الإخلالُ بالسعي الواجبِ الثابتِ بقوله جلّ: ﴿ فَٱسْعَوْاْ إِلَىٰ ذِكْرِ ٱللَّهِ وَذَرُواْ ٱلْبَيْعَ ﴾(١)، فلا بأسَ به إذا تبايعوا وهما يمشيان، صرَّحَ به في «العناية»(٢) و«النهاية» و«الكفاية»(٣).

قال بعضهم: إنّه مكروهٌ في هذه الصُّورةِ أيضاً، وهذا إنّما يتأتّى على القولِ بأنّ النصوصَ غيرُ معلَّلة، أمّا على القولِ أنّها معلَّلةٌ فلا كراهة، فإنّ علَّةَ النَّهي الاشتغالُ عن السعي، فإذا لم يوجدْ بأن يتبايعا ماشيين انتفت العلَّة، فينتفي المعلول، وهاهنا مباحثٌ شريفةُ تركناها؛ لغرابةِ المقام، والمرادُ بالأذان هو الأذانُ الأوّل إذا كان بعد الزّوال.

[٢]قوله: تفريقُ صغير؛ صورتُهُ أنَّ مَن ملكَ بقبولِ الهبةِ أو الوصيّة أو الشراءِ أو الإرثِ مملوكين صغيرَين أحدهما ذو رحمٍ محرمٍ من الآخر، فالتفريقُ بينهما مكروه، وكذلك إن كان أحدهما صغيراً والآخرُ كبيراً، لما أخرجَهُ الترمذيُّ عن أبي أيّوبٍ الأنصاريّ ﷺ أنّه: قال رسول الله: «مَن فرق بين والدةٍ وولدها، فرَّقَ الله بينَه وبين أحبَّتِهِ يوم القيامة»(٤).

ولما أخرجَهُ الترمذيُّ، وابنُ ماجةعن عليٍّ ﷺ من أنّه وهبَ النَّبيُّ ﷺ لعليّ ﷺ غلامين أخوين صغيرين، ثم قال: ما فعلَ الغلامان؟ فقال: بعت أحدَهما، فقال رسول الله ﷺ: «أدرك أدرك»، وفي رواية: «اردد اردد»(٥)، ففي الأوّل: وعيدٌ صريحٌ لَمن فرَّقَ صغيراً عن ذي رحمٍ محرم، وفي الثاني: تكراراً لأمرِ بالادراكِ والردّ.

---

(١) الجمعة: ٩.

(٢) «العناية»(٦: ١٠٨).

(٣) «الكفاية»(٦: ١٠٨).

(٤) في «سنن الترمذي»(٤: ١٣٤).

(٥) في «سنن الترمذي» (٣: ٥٨٠)، و«سنن ابنُ ماجة»(٢: ٧٥٥)، وفيهما بلفظ: «رده رده». قال الترمذي: حسن غريب

عن ذي رحمٍ محرمٍ منه بلا حقٍّ مستحقٍّ

عن ذي رحمٍ محرمٍ منه[١] بلا حقٍّ مستحقٍّ): هذا عند أبي حنيفةَ ومحمّدٍ ﷺ، وأمَّا عند أبي يوسف ﷺ إذا كان القرابةُ قرابة ولادة لا يجوزُ بيعُ أحدهما بدون الآخرِ، فإنَّهُ[٢] ﷺ قال لَعَلِيٍّ ﷺ: «أدرك أدرك». ولو كان البيعُ نافذاً لا يمكنُهُ الاستدراك، ولو كان بحقٍّ مستحقٍّ كدفع أحدهما عن الآخر بالجنايةِ[٣]

ولّما لم يتعرَّض للبيعِ فقلنا بكراهةِ البيعِ لإفضائه إلى التَّفريق، وهو مجاورٌ ينفكُّ عنه بجوازِ أن يقعَ ذلك بالهبة. كذا في «العناية»(١) وغيرها؛ ولأنَّ الصَّغيرَ يستأنسُ بالكبير، والكبيرُ يتعاهده، فكان في بيعِ أحدهما قطعُ الاستئناس، والمنعُ من التَّعاهدُ وفيه تركُ الرحمةِ على الصغار، وقد أوعدَ عليه. كذا في «الهداية»(٢).

ثمَّ لاَّ بد من اجتماعهما في ملكه، حتى لو كان أحدُهما له، والآخرُ لابنهِ الصغير، له أن يبيعَ أحدَهما لتفريقِ الملك، كما صرَّحَ به العلاَّمةُ العَيْنِيّ(٣)، وهذه الكراهةُ تمتدُّ إلى البلوغ، وقال بعضُ مشايخنا: إذا راهقَ الصغير، ورضيَ أن يفترقَ بينهما لا بأس بذلك. ذكره البِرْجَنْدِيّ وغيره.

[١]قوله: ذي رحمٍ محرم منه؛ الضميرُ راجعٌ إلى الرحم لا إلى الصغير، فلا بُدَّ أن تكون محرميّته من جهةِ الرَّحمِ لا من الرضاع، احترازٌ عن ابنِ عمٍ هو أخٌ رضاعاً، فإنّه رحمٌ محرم، لكنَّ محرميّته من الرِّضاعِ لا من الرحم.

[٢]قوله: فإنّه...الخ؛ هذا دليلُ عدمِ جوازِ بيعهما، وجوابُهُ عن جانبِ الإمامِ ومحمّد ﷺ: إنّ ركنَ البيع؛ أي الإيجابُ والقبولُ صدرَ من أهله وهو العاقلُ البالغُ في محلّه: أعني المال، ولم تعرض الكراهةُ إلا لمعنىً مجاور، وهو الوحشةُ الحاصلةُ من التَّفريق، والنَّهي متى كان لمعنىً في غيرِ المنهي عنه لا يفسدُ العقدُ كالنَّهي عن العقدِ عند أذانِ الجمعة.

[٣]قوله: بالجناية؛ سواءٌ كانت جنايةَ مالٍ أو نفس، فإنّه إذا جنى أحدُهما جنايةً أو استهلك مال أحدٍ فللمولى أن يدفعَه كما صرَّحوا به.

(١) «العناية»(٦: ١٠٩).

(٢) «الهداية»(٣: ٥٤).

(٣) في «البناية»(٦: ٤٦٩).

لا بيعُ مَن يَزِيدُ الثَّمن

والرَّدّ[١] بالعيبِ لا يُكْرَه[٢].

(لا بيعُ مَن يَزِيدُ الثَّمن)[٣].

[١]قوله: والردّ؛ صورته: اشترى أخوين صغيرَيْن لنفسه فوجدَ بأحدهما عيباً لم يظهرْ عند الشِّراء، فله أن يردَّه ويمسك الثّاني؛ لأنَّ هذا التفريقَ بحقٍّ مستحقٍّ.

[٢]قوله: لا يكره؛ لأنَّ التفريقَ إنّما نهى عنه لدفعِ الضَّررِ عن الصغير، وليس من شرطِ دفعِ الضَّررِ عن شخصٍ إلحاقُ الضَّررِ بغيره، فإذا تعلَّقَ بأحدهما حقٌّ فالمنعُ من إيفاءِ الحقِّ إضرارٌ بصاحبِ الحق، وإنّما حصلَ الإضرارُ بالصَّغيرِ ضمناً لحقٍّ مستحقٍّ فلا يلتفت إليه؛ لأنّه كم من شيءٍ يثبتُ ضمناً ولا يثبتُ قصداً. كذا في «البناية»(١).

[٣]قوله: لا بيع مَن يزيدُ الثمن؛ لما ثبتَ أنَّ رسولَ الله ﷺ «باعَ قدحاً وحلساً»(٢)؛ ولأنّه لا ضررَ فيه، ولأنّه بيعُ الفقراء، والحاجة ماسّةٌ إليه. كذا في «البحر»(٣)، ويسمّى هذا البيعُ بيعَ الدَّلالة.

---

(١) «البناية»(٦: ٤٧٤).

(٢) في «المجتبى»(٧: ٢٥٩)، و«مسند أحمد»(٣: ١٠٠).

(٣) «البحر الرائق»(٦: ١٠٨).

باب الإقالة[1]

[1]قوله: بابُ الإقالة: الخلاصُ عن خبثِ البيعِ الفاسدِ والمكروه، لَمَّا كان بالفسخِ كان للإقالةِ تعلُّقٌ خاصٌ بهما، فأعقبَ ذكرها إيّاهما، والإقالةُ في اللُّغةِ الرَّفعُ مطلقاً، قيل: هي مأخوذٌ من القول، والهمزةُ للسلب، فأقال: بمعنى أزالَ القول: أي القولُ الأوّل، وهو البيع، كما يقال: أشكاه؛ أي أزالَ شكايته، وهذا مخدوشٌ بوجوه:

الأوّل: إنّه يقال: قِلْتُه بالكسر، فهو يدلُّ على أنّ عينَه ياءٌ لا واو، فليس من القول، قال في «القاموس»[1]: قِلْت البيع: بالكسر، وأقلته: فسختُه، واستقالَه: طلبَ إليه أن يقيله، وتقايل البيعان، وأقال الله عَثْرَتَك، وأقالَكَها. انتهى. ذكرها في القافِ مع الياء، وقريبٌ منه ما في «المصباح المنير»[2].

والثّاني: في أنّه ذكرَ في «الصّحاح»[3] من القافِ مع الياء، لا مع الواو.

والثالث: إنّه ذكرَ في «مجموع اللغة»: قالَ البيعُ قَيلاً وإقالةً: فسخَه، كذا ذكرَهُ الشاميّ[4]، فثبتَ أنّه مأخوذٌ من القيل.

وشرعاً: هي رفعُ البيع، وقال في «الجوهرة»[5]: هي رفعُ العقد، وهو تعريفٌ للأعمِّ من إقالةِ البيعِ والإجارة ونحوهما، وركنها: الإيجابُ والقبولُ الدَّالاّنِ عليها، وشرطَ أن يكونا بلفظين ماضيين أو أحدهما مستقبلٌ والآخرُ ماضٍ، كأقلني فقد أقلتك عند الشيخين كالنِّكاح خلافاً لمحمّد ﷺ.

فإنّ عنده يشترطُ أن يعبِّرَ بهما عن المعنى كالبيع، وتتوقَّفُ على القَبولِ في المجلس، ولو فعلاً كالبيع، حتى لو قبلَ الآخرُ بعد زوالِ المجلسِ أو بعدما صدرَ عنه ما

---

(١) «القاموس»(٤ : ٤٣).

(٢) «المصباح المنير»(ص٥٢١).

(٣) «الصحاح»(٢ : ٣٦٦).

(٤) في «رد المحتار»(٤ : ١٤٤).

(٥) «الجوهرة النيرة»(١ : ٢٠٧).

هي فسخٌ في حقِّ المتعاقدين بيعٌ في حقِّ الثالث

(هي فسخٌ في حقِّ[1] المتعاقدين بيعٌ في حقِّ الثالث)

يدلُّ على الإعراض لا تتمُّ الإقالة، وهي مندوبةٌ لقولِهِ ﷺ: «من أقالَ مسلماً بيعته أقال الله عثرتَه»(١)، أخرجَه أبو داود، وزادَ ابنُ ماجة: «يوم القيامة»(٢)، ورواهُ ابنُ حبّان في «صحيحه»، والحاكمُ وقال: على شرطِ الشيخين، وعند البَيْهَقِي: «من أقالَ نادماً»(٣)، كذا في «الفتح»(٤).

وتجبُ في كلِّ عقدٍ مكروهٍ وفاسد، كذا في «البحر»(٥)، وفيما إذا غرّه البائعُ يسيراً. كذا في «النهر»، وهاهنا مباحثُ طويلةٌ مودعةٌ في «البحر»(٦)، و«النهر» وغيرهما من المبسوطات.

[1]قوله: فسخ في حقٍّ...الخ؛ لأنّها تنبئ عن الفسخِ والرفع، والأصلُ في الكلامِ أن يحملَ على حقيقتِهِ فلا يحملُ على البيع؛ لأنّه ضدُّها، إذ هي عبارةٌ عن الرَّفعِ والإزالة، والبيعُ عبارةٌ عن الإثبات، فتعيَّنَ البطلانُ في الحملِ على البيع.

وأمّا كونها بيعاً في حقِّ غيرهما، فمعنويٌّ إذ يثبتُ به حكمُ البيع، وهو الملك، ولمّا كان فسخاً في حقِّ المتعاقدين فبطلَ نطقاً به من الزيادةِ على الثَّمنِ الأوّل، والنُّقصانُ منه، ولو باعَ البائعُ المبيعَ من المشتري قبل أن يستردّه منه جاز، ولو كان بيعاً لم يكن جائزاً؛ لكونِهِ قبل القبض.

ولّما كان بيعاً جديداً في حقِّ غيرهما فوجبت الشفعةُ للشفيعِ فيما إذا باعَ داراً فسلَّمَ الشفيعُ شفعتَه ثمَّ تقايلا، وعادَ المبيعُ إلى ملكِ البائع، ولو كانت الإقالةُ فسخاً في غيرهما لما كان له ذلك.

---

(١) في «سنن أبي داود»(٣: ٢٧٤)، وغيرها.

(٢) في «سنن ابن ماجة»(٢: ٧٤١)، و«صحيح ابن حبان»(١١: ٤٠٢)، و«المستدرك»(٢: ٥٢).

(٣) في «سنن البيهقي الكبير»(٦: ٢٧)، وغيرها.

(٤) «فتح القدير»(٦: ١١٤).

(٥) «البحر الرائق»(٦: ١١٠).

(٦) «البحر الرائق»(٦: ١١٠ - ١١٣).

فبطلتْ بعد ولادةِ المبيعة

الإقالةُ فسخٌ في حقِّ المتعاقديْن، بيعٌ جديدٌ في حقِّ غيرِهما عند أبي حنيفةَ ﷺ فإن لم يمكن جعلُها فسخاً[١] في حقِّهما تبطلُ[٢]، وفائدةُ أنَّه بيعٌ في حقِّ الثالث: أنَّه يَجِبُ الشفعة بالإقالة، فإنَّ الشفيعَ ثالثُهما، ويَجِبُ الاستبراء؛ لأنَّه حقُّ اللهِ تعالى، فاللهُ ثالثُهما، وعند أبي يوسفَ ﷺ هي بيعٌ[٣]، فإن لم يمكنْ جعلُها بيعاً تُجْعَلُ فسخاً فإن لم يمكنْ تبطلُ، وعند محمَّدٍ ﷺ عكسُ هذا[٤].

(فبطلتْ بعد ولادةِ المبيعة)

[١]قوله: **فإن لم يمكن جعلها فسخاً**؛ بأن ولدت المبيعةُ ولداً بعد القبض؛ لأنَّ الزيادةَ المنفصلةَ مانعةٌ عن فسخِ العقدِ حقّاً للشرع، كما مرَّ تحقيقُهُ سابقاً.

[٢]قوله: **تبطل**؛ لتعذُّرِ الفسخ بالزِّيادةِ المنفصلةِ بعد القبضِ حقاً للشَّرع لا قبله مطلقاً، كذا في «الدرّ المختار»(١)، وغيره.

[٣]قوله: **هي بيعٌ**؛ في حقِّ البائعِ والمشتري، فلو زادت المبيعةُ بعد القبضِ زيادةً منفصلةً تجوزُ الإقالةُ عنده؛ لأنَّها تمليكٌ من الجانبين بعوضٍ ماليٍّ وهو المبيع، والعبرةُ للمعاني دون الألفاظِ المجرَّدةِ إلاَّ أنَّ في المنقولِ قبل القبضِ لو حملت على البيعِ كان فاسداً، فحملت على الفسخِ حملاً لكلامهما على الصحَّة.

ولَمّا كان بيعاً تبطلُ بهلاكِ السلعةِ عند المشتري، ويردُّ المبيعَ على المشتري بالعيب، وتثبتُ بهما الشفعة؛ لأنَّ هذه أحكامُ البيع، فإن لم يمكنْ جعلها بيعاً بأن كانت قبلَ القبضِ في المنقول، أو كانت بعد هلاكِ أحد العوضين في المقايضة، تجعلُ فسخاً؛ لأنَّها موضوعةٌ له أو يحتمله.

فإن لم يمكنْ جعلُها فسخاً وبيعاً بأن كانت قبل القبضِ في المنقولِ بأكثرَ من الثمنِ الأوّلِ أو بأقلّ منه، أو بجنسٍ آخر، أو بعدَ هلاكِ السِّلعة في غيرِ المقايضةِ تبطلُ الإقالةُ عنده، ويبقى البيعُ الأوّلُ على حالِه؛ لأنَّ البيعَ المنقولَ قبل القبضِ لا يجوز، والفسخُ يكون بالثمن الأوّل، وقد سمّيا خلافه.

[٤]قوله: وعند **محمَّدٍ** ﷺ **عكس هذا**؛ وهذا قول الشافعيّ ﷺ في الجديد، وقولُ

---

(١) «الدر المختار»(٤: ١٤٧).

وصحَّتْ بمثلِ الثَّمنِ الأوَّلِ، وإن شَرَطَ غيرَ جنسِه أو أكثرَ منه

هذا تفريعُ كونِها فسخاً إذ بعد الولادةِ لا يمكنُ الفسخُ فتبطلُ[١] عند أبي حنيفةَ ﷺ، وعندهما لا تبطل؛ لأنَّها تكونُ بيعاً.

(وصحَّتْ بمثلِ[٢] الثَّمنِ الأوَّلِ، وإن شَرَطَ غيرَ جنسِه أو أكثرَ منه)، إذا تقايلا على غيرِ جنسِ الثَّمنِ الأوَّل، أو على أكثرَ منه، فعند أبي حنيفةَ ﷺ يَجِبُ الثَّمَنُ الأَوَّلُ

زفر ﷺ، فهي فسخٌ إن كانت بالثَّمنِ الأوّل؛ لأنَّ الإقالةَ موضوعٌ للفسخِ والرفع، يقال في الدُّعاء: اللهمَّ أقلني عثرتي، فيعملُ بمقتضاه.

فإن لم يمكنْ جعلُها فسخاً بأن كانت بعد القبضِ بالثَّمنِ الأوَّلِ بعد الزيادةِ المنفصلة، أو بعد القبضِ بخلافِ جنسِ الثمن الأوَّل، أو بعد القبضِ بأكثرَ من الثمنِ الأوّلِ فتجعلُ بيعاً حملاً على محتمله؛ صيانةً لكلامِ العاقلِ عن الإلغاء، ولهذا صار بيعاً في حقِّ غيرهما لعدمِ ولايتهما عليه.

فإن لم يمكن جعلُها بيعاً وفسخاً بأن كانت قبل القبضِ خلافَ جنسِ الثَّمنِ الأوَّلِ تبطلُ الإقالة، ويبقى البيعُ الأوَّلُ على حالِه؛ لأنَّ الفسخَ لا يكونُ على خلافِ الثَّمنِ الأوّل، والبيعُ لا يجوزُ قبل القبض، وبالأقلِّ من الثمن يكون فسخاً عنده بالثّمنِ الأوّل؛ لأنّه سكوتٌ عن بعضِ الثَّمن، ولو سكتَ عن الكلِّ كان فسخاً فكذا إذا سكتَ عن البعض.

[١]قوله: فتبطل؛ لامتناعِ الفسخ بسببِ الزِّيادة، ولو كانت بيعاً محضاً لجاز، قالوا: هذا إذا ولدتْ بعد القبض، وأمّا إذا ولدت قبله فالإقالةُ صحيحةٌ عنده، وأمّا المتَّصلةُ كالسمنِ والجمالِ وغيرهما، فيصحُّ قبل القبضِ أيضاً، كما صرَّحوا به(١).

[٢]قوله: وصحَّت بمثل...الخ؛ إلاَّ إذا باعَ المتولّي والوصيُّ للوقف، أو الصغير شيئاً بأكثرَ من قيمتِه، أو اشتريا شيئاً بأقلَّ منها للوقفِ أو للصغير، حيث لا تجوزُ الإقالةُ إن كان بمثلِ الثَّمنِ الأوَّلِ رعايةً لجانبِ الوقف وحقِّ الصغير. كذا في «المنح»(٢)، وينبغي أن تجوزَ على نفسِهِ في مسألة البيع. كما في «ردِّ المحتار»(٣).

---

(١) ينظر: «الشرنبلالية»(٢: ٧٣).

(٢) «منح الغفار»(ق٢: ٤١).

(٣) «رد المحتار»(٤: ١٤٨).

وكذا في الأَقلّ منه إلاّ إذا تَعيَّبَ فيجبُ ذلك

لأنَّ الإقالةَ[١] فسخٌ عنده، والفسخُ لا يكونُ إلاّ على الثَّمنِ الأَوَّلِ، فذلك الشَّرطُ شرطٌ فاسدٌ، والإقالةُ لا تَفْسُدُ بالشَّرطِ الفاسدِ، فصحَّت الإقالَةَ وبَطَلَ الشَّرطُ، وعندهما تكونُ بَيْعاً[٢] بذلك المُسمَّى. (**وكذا في الأَقلّ منه إلاّ إذا تَعيَّبَ**[٣] **فيجب ذلك**): أي يَجِبُ الثَّمنُ الأَوَّل إذا تقايلا على أقلَّ منه، إلاّ إذا تعيَّب فحينئذٍ يَجِبُ الأقلُّ وهذا عند أبي حنيفةَ ﷺ، وعند أبي يوسفَ ﷺ يكونُ بَيْعاً بالأقلّ، فإنَّ الأصلَ عنده أنَّه بَيْعٌ، وعند محمّدٍ ﷺ تكون فسخاً بالثَّمن الأوَّل؛ لأنَّه سكوتٌ عن بعضِ الثَّمنِ الأوَّل، ولو سكتَ عن الكلِّ وأقالَ كان فسخاً، فهذا أولى[٤]

[١]قوله: **لأنَّ الإقالةَ**...الخ؛ أي لأنّ الإقالةَ فسخٌ عند الإمام، وهو لا يكون إلاَّ على الثَّمنِ الأوّل، فيصيرُ ذلك الشرطُ لغواً وفاسداً، والإقالةُ لا تفسدُ بالشَّرطِ الفاسد؛ لأنَّ فسادَ البيعِ بالشرطِ الفاسدِ يكونُ للزومِ الرِّبا، ولا رباً في الفسخ.

[٢]قوله: **وعندهما تكون بيعاً جديداً بذلك المسمَّى**؛ لأنَّ الأصلَ هو البيعُ عند أبي يوسف ﷺ، وعند محمَّد ﷺ إن تعذَّرَ الفسخُ فجعلُها بيعاً ممكن، فإذا زادَ أو شرطَ خلاف الجنسِ كان قاصداً للبيع.

[٣]قوله: **إلاّ إذا تعيّب**؛ استثناءٌ من قوله: وكذا في الأقلّ؛ فإنَّ الإقالةَ حينئذٍ تجوزُ بأقلَّ من الثمنِ الأوّل؛ لأنَّ نقصانَ الثمنِ يكون بمقابلةِ الفائت بالعيب، ولا بُدَّ أن يكون النقصانُ بقدرِ حصَّة الفائت، ولا يجوز أن ينقصَ من الثمنِ أكثر منه. كذا في «الفتح»(١)، وغيره.

وفي «البحر»(٢) نقلاً عن بعض شروح «الهداية»(٣): إنّه نقلَ عن تاج الشَّريعةِ هذا إذا كانت حصَّةُ العيبِ مقدارَ المحطوطِ أو زائداً أو ناقصاً بقدرِ ما يتغابنُ الناس فيه.

[٤]قوله: **فهذا أولى**؛ واعترضَ عليه بأنّ كونه فسخاً إذا سكتَ عن كلِّ الثّمن، إمّا أن يكون على مذهبه خاصَّةً أو على الاتّفاق، والأوَّلُ قياسُ المختلفِ على المختلف، والأوَّلُ غيرُ ناهض؛ لأنَّ أبا يوسفَ ﷺ إنّما يجعلُهُ فسخاً لامتناعِ جعلِهِ بيعاً؛

---

(١) ينظر: «فتح القدير»(٦: ١١٨).

(٢) «البحر الرائق»(٦: ١١٣).

(٣) أي «البناية شرح الهداية»(٦: ٤٨٣).

ولم يمنَعْها هلاكُ الثَّمنِ بل المبيع ، وهلاكُ بعضِهِ يَمْنَعُ بقدرِه

إلاَّ إذا دَخَلَ عَيْبٌ ، فإنَّه فسخٌ بالأقلّ.

(ولم يمنَعْها[١] هلاكُ الثَّمنِ بل المبيع ، وهلاكُ بعضِهِ[٢] يَمْنَعُ بقدرِه).

لانتفاءِ ذكرِ الثمنِ بخلافِ صورةِ النقصان ، فإنّ فيها ما يصلحُ ثمناً ، كذا في «العناية»(١).

[١]قوله : ولم يمنعها...الخ ؛ يعني إنَّ هلاكَ الثمنِ لا يمنعُ صحَّة الإقالةِ بخلاف هلاكِ المبيع ، فإنّه يمنعُ عنها ؛ لأنَّ شرطَ صحَّةِ العقدِ قيامُ العقد ، والإقالةُ رفعُ العقد ، فتقتضي قيامَ البيع ، وقيامُهُ لا يكون إلا بالمبيع ؛ لكونه محلُّ إضافةِ العقدِ دون الثمن ، فلو هلكَ المبيعُ قبل القبضِ يبطلُ البيع ، بخلافِ هلاكِ الثمنِ فإنّه بمنْزلةِ الوصفِ فلم يشترط وجوده عند البيع.

[٢]قوله : وهلاكُ بعضه...الخ ؛ معنى إن هلكَ بعضُ المبيعِ لا تجوزُ الإقالة بقدره ، وتصحُّ في الباقي اعتباراً للبعض بالكلّ.

(١) «العناية»(٦ : ١١٨).

باب المرابحة والتولية[1]

(المرابحةُ[2]: بيع المشترَى[3] بثمنِهِ[4] وفضلٍ[5]، والتَّوليةُ[6]: بيعهُ به بلا فضلٍ[7]).

[1]قوله: **بابُ المرابحة والتولية**؛ لَمّا فرغَ المصنّف ﷺ ممّا يتعلّقُ بالأصلِ وهو المبيع من البيوعِ اللاّزمةِ وغير اللازمة وما يرفعهما، شرعَ في بيان الأنواعِ التي تتعلّقُ بالثمنِ من المرابحةِ والتوليةِ وغيرهما، وأخّرهما عن الإقالة؛ لأنَّ الإقالةَ بمنزلة المفردِ من المركّب.

فإنَّ الإقالةَ إنّما تكون مع البائعِ بخلافِ التوليةِ والمرابحة، فإنّهما أعمّ من كونهما مع البائعِ وغيره، ولم يذكرْ المساومةَ: وهي البيعُ بأيّ ثمنٍ اتّفق، وهو المعتاد، والوضيعة: وهو تمليكُ المبيعِ بمثلِ الثمنِ مع نقصانِ ثمنٍ يسير؛ لظهورِهما ولندرةِ وقوعِ بيعِ الوضيعة، فإنَّ الغرضَ من البيعاتِ الاسترباحُ لا النقصان.

[2]قوله: **المرابحة**؛ مصدرُ رابح: أي باعَ المتاعَ أو اشترى مرابحة، إذا سمّى لكلّ قدرٍ من الثمنِ ربحاً.

[3]قوله: **بيع المشترى**؛ بصيغةِ اسمِ المفعول؛ أي ما شراه، وهذا بناءَ على الغالبِ فإنّ من غصبَ عبداً أو أبق فقضى القاضي بالقيمةِ وأدّاها ثمَّ عادَ إلى الغاصب، فللغاصبِ أن يبيعَه مرابحةً على القيمةِ التي أدّاها، كذا في «فتاوى قاضي خان»[1]، فالمرادُ من المشترى ما يملكُهُ من العروض؛ لعدمِ جوازِ بيعِ الدَّراهمِ مرابحة.

[4]قوله: **بثمنِه**: أي بما قامَ عليه، فإنّه سيجيءُ أنّه له أن يضمَّ أجرةَ القصّارِ وغيره، ولم يقلْ بثمنِهِ الأوّل؛ لأنَّ ما يأخذُهُ من المشتري ليس ثمنُه الأوّل بل مثله.

[5]قوله: **وفضل**؛ أي مع فضلٍ على ما قامَ عليه، وإن لم يكن من جنسِهِ كأجرِ قصّار ونحوه.

[6]قوله: **والتولية**؛ مصدر ولى غيرَه: إذا جعله والياً، فكأنَّ البائعَ جعلَ المشتري والياً فيما اشتراه.

[7]قوله: **بيعُهُ به بلا فضل**: أي بيعُ المشتري بلا فضل ما شراهُ بثمنه ولو حكماً:

---

(1) «فتاوى قاضي خان»(٢: ٢٧٠).

وشرطُهُما شراؤه بمثلى ، وله ضمُّ أَجْر القصَّارِ، والصَّباغ، والطَّرَّاز، والفتل، والحملِ إلى ثمنِه

المرابحةُ هي أن يشترطَ أن المبيعَ بالثَّمنِ الأوّل الذي اشترى به مع فضلٍ معلومٍ.

والتَّوليةُ: أن يشترطَ أنَّه بذلك الثَّمنِ بلا فضلٍ.

(**وشرطُهُما شراؤهُ بمثلى**[1]) ؛ لأَنَّ فائدةَ هذين البيعينِ أن الغبيّ يعتمدُ على فعل الذَّكيّ، فيلطب نفسَهُ بمثلِ ما اشترى به هو، أو بمثلِهِ مع فضلٍ، وهذا المعنى إنَّما يظهرُ في ذواتِ الأمثالِ دون ذوات القيمِ ؛ لأنَّ ذواتِ القيمِ قد تُطْلَبُ بصورتِها من غيرِ اعتبارِ ماليَّتِها، وأيضاً القيمةُ مجهولةٌ، ومبنى[2] البيعينِ على الأمانة.

(**وله ضمُّ**[3] **أَجْر القصَّارِ، والصَّباغ، والطَّرَّاز، والفتل، والحمل إلى ثمنِه**) يعني بقيمتِه، وعبَّرَ عنها به ؛ لأنّه هو الغالب، والتفصيلُ في هذه القيود ما مرّ.

[1]قوله: **بمثلّي** ؛ كالدراهم والدنانير، والكيليُّ والوزنيُّ والعدديّ المتقارب ؛ لأنّه لو لم يكن مثليّاً كالأشياءِ المتفاوتةِ كالحيواناتِ والجواهر، يكون مرابحةً بالقيمة، وهي مجهولة ؛ لأنَّ معرفتَها لا يمكنُ حقيقة، فلا يجوزُ بيعُهُ مرابحةً إلا إذا كان المشتري مرابحة ممَّن يملكُ ذلك البدلَ من البائعِ بسببٍ من الأسباب، كذا في «مجمع الأنهر»(١) وغيره.

واعلم أنّ المعتبرَ في المرابحةِ ما وقعَ العقدُ الأوَّل عليهِ دون ما دُفِعَ عوضاً عنه، حتى لو كان بعشرة دراهم، فدفعَ عنها ديناراً أو ثوباً قيمتُه عشرة أو أقلّ أو أكثر كان رأسُ المالِ هو العشرة دون ما دفع، كذا في «الفتح»(٢).

[2]قوله: **ومبنى هذين البيعين** ؛ التوليةُ والمرابحةُ على الأمانة، والاحترازُ عن الخيانة، وعن شبهتها، والمعادلةُ والمماثلةُ في ذواتِ القيمِ لا تعرفُ إلا بالظنّ، فيشبه فيها الخيانة ؛ لشبهةِ مماثلة، ولهذا تحرمُ المجازفةُ في الأموالِ الربويّة كما صرَّحوا به.

[3]قوله: **وله ضمّ**...الخ ؛ أي يجوزُ له أن يضمَّ أجرةَ القصَّارِ والصبَّاغِ سواءً كان الصبغُ أسود أو غيره.

والطِّرازُ: وهو - بالكسرِ والراء المهملة والزاء المعجمة - : علم الثوب.

والفتل: وهو - بفتح الفاء - : ما يصنعُ بأطرافِ الثيابِ بحريرٍ أو كتان.

---

(١) «مجمع الأنهر»(٢ : ٧٤ - ٧٥).
(٢) «فتح القدير»(٦ : ١٢٥).

لكن يقولُ قامَ علي بكذا لا اشتريتُهُ بكذا، فإن ظَهَرَ للمشتري خيانتُهُ في المرابحة أخذَهُ بثمنِه أو ردَّه

لكن يقولُ قامَ علي بكذا لا اشتريتُهُ بكذا[1]، فإن ظَهَرَ[2] للمشتري خيانتُهُ في المرابحة أخذَهُ[3] بثمنِه أو ردَّه

والحمل: أي حملُ المبيع من مكانٍ إلى مكانٍ بَرّاً كان أو بحراً إلى رأسِ المال؛ لأنَّ الأصلَ فيه أنَّ كل ما يزيدُ في المبيعِ أو قيمته كالصبغِ والحملِ يلحقُ به، وما لا فلا.

والظَّاهرُ أنَّ كلَّ واحدٍ من الصبغِ والفتلِ وغيرهما يزيدُ في العين باعتبارِ الاتّصال، والحملُ يزيدُ في القيمة؛ لأنّها تكونُ مختلفةً باختلافِ الأمكنة.

وإنّما قيَّدَ بالأجر؛ لأنّه لو فعلَ شيئاً من ذلك بيدِهِ أو بإعارةٍ لا يجوزُ أن يضمَّه إلى رأسِ المال، وكذا إذا تطَّوعَ متطوعٌ بهذه الأشياءِ المذكورة، وكذا يضمُّ أجرَ تجصيصِ الدار، وطي البئر، وكبرى الأنهارِ والقناة، والمُسَنّضاة، والكِراب، وكشحِ الكروم وسقيها، والزرعِ والغرس، وسوق الغنمِ بخلافِ أجرةِ الراعي، وكراءِ بيتِ الحفظ؛ لأنّهما لا يزيدان في العينِ ولا في القيمة.

[1]قوله: **لا اشتريته بكذا**؛ لأنّه كذب، ولو ملكَه بهبةٍ أو إرث أو وصيّة، وقوّمه ثمَّ باعَه مرابحةً على تلك القيمة يجوز، وصورتُهُ أن: يقول قيمته كذا، أو رقمه كذا فأرابحُكَ على القيمة، أو رقمه.

ومعنى الرقم: أنَ يكتب على الثوبِ المشترى مقداراً، سواءً كان قدرُ الثمنِ أو أزيدَ ثمَّ يرابحُهُ عليه، وهو إذا قال: رقمه كذا، وهو صادقٌ لم يكن خائناً، فإنَّ غبنَ المشتري فيه فمن قبل جهله، كذا في «الفتح»(١).

[2]قوله: **فإن ظهرَ**؛ بالبيِّنةِ أو بإقرارِ البائع أو بنكوله عن اليمين، وهو المختار، وقيل: لا يثبتُ إلا بإقراره؛ لأنّه في دعوى الخيانةِ مناقض، والحقُّ سماعها كدعوى العيب، كذا في «الفتح»(٢).

[3]قوله: **في المرابحةِ أخذه...الخ**؛ يعني أنَّ المشتري في المرابحةِ بالخيارِ إن شاءَ أخذَه بثمنِهِ وهو المسمَّى، وإن شاءَ ردَّه إن أمكنَ الردّ، وإن ظهرَ الخيانةُ في التوليةِ حطَّ المشتري قدرَ الخيانة، وهذا عند الإمام.

---

(١) «فتح القدير»(٦ : ١٢٢).

(٢) «فتح القدير»(٦ : ١٢٦).

وفي التَّوليةِ حطّهُ من ثمنِه، وعند أبي يوسفَ ﷺ يحطُّ فيهما، وعند محمدٍ ﷺ خُيِّرَ فيهما. فإن اشترى ثانياً بعد بيع بربحٍ، فان رابح طُرِحَ عنه ما ربح، وإن استغرقَ الرِّبْحُ الثَّمَنَ لم يرابح

وفي التَّوليةِ حطّهُ من ثمنِه، وعند أبي يوسفَ ﷺ يحطُّ فيهما[1]، وعند محمدٍ ﷺ خُيِّرَ فيهما[2].

فإن اشترى ثانياً بعد بيع بربحٍ، فان رابح طُرِحَ عنه ما ربح، وإن استغرقَ الرِّبْحُ الثَّمَنَ لم يرابح): أي إذا اشترى ثوباً بعشرة وباعه بخمسة عشر، ثُمَّ اشتراه بعشرةٍ، فإنَّه إن باعَهُ مرابحة طرحَ عنه ما ربح، ويقول: قامَ عليَّ بخمسةٍ. وإن اشترى بعشرةٍ وباعَهُ بعشرين، ثم اشتراه بعشرةٍ لا يبيعُهُ مرابحة أصلاً، وعندهما يقول: قامَ عليَّ بعشرةٍ في الفصلين؛ لأنَّ[3] البيعَ الثاني بيع متجدِّدٌ، ومنقطعُ الأحكام عن الأَوَّل

ووجهُهُ: أنّه لو اعتبرَ ما سمّاه من الثمنِ لما بَقِيَ تولية؛ لأنّه زائدٌ على الثمنِ الأوّل فينقلبُ مرابحة؛ بخلافِ المرابحة؛ لأنّه لو اعتبرَ فيها المسمَّى من الثمنِ لم يتغلب، بل هي مرابحةٌ كما كانت، فاعتبر المسمَّى مع الخيارِ في خيانةِ المرابحة؛ لفواتِ الرضاء، ولم يعتبر في خيانةِ التَّوليةِ لئلا تنقلبَ مرابحة؛ فتعيَّن الحطُّ في خيانةِ التولية.

[1]قوله: يحط فيهما؛ أي في المرابحةِ والتوليةِ يحطُّ قدرَ الخيانةِ مع حصَّتها من الربحِ في المرابحة، مثلاً: إذا قال: اشتريتُ هذا الثوبَ بعشرةٍ فباعَه مرابحةً بخمسةَ عشر، ثمَّ ظهر أنَّ البائعَ كان اشتراهُ بثمانية، يحطُّ قدرَ الخيانة: أي درهمان، ويحطُّ من الربحِ ما يقابلُ قدر الخيانة، وهو درهمٌ واحد.

فيأخذُ الثوبَ باثني عشرَ درهماً؛ لأنَّ الأصلَ في لفظِ التوليةِ والمرابحة كونَ العقدِ توليةً ومرابحة؛ لا التسميةُ فقط، فيبتني على العقدِ الأوّلِ لتحققِ الأصلِ الذي هو التولية والمرابحة.

[2]قوله: خيّر فيهما؛ أي في المرابحةِ والتوليةِ كليهما، فإن شاءَ أخذَه بكلِّ الثمن، وإن شاءَ ردّه؛ لأنّهما باشرا عقداً باختيارهما بثمنٍ سمّياه، فينعقدُ بجميع ذلك الثمن، كما لو باشرا مساومة، وذكرُ التوليةِ والمرابحةِ جارٍ مجرى الوصف؛ للترويجِ والترغيب، فيتخيَّرُ المشتري عند فواتِهِ كما لو وجدَ المبيع معيباً.

[3]قوله: لأنّ...الخ؛ حاصلُه أنّه شراءٌ جديد، وأحكامُهُ منقطعةٌ عن العقدِ الأوَّل

ورابحَ سيدٌ شرى من مأذونِهِ المحيط دينه برقبتِهِ على ما شرَى بائِعُه

ولأبي حنيفةَ[1] ﷺ أن قبلَ الشّراءَ الثَّاني يُحتَمَلُ أن يَطَّلِعَ على عيبٍ فَيَرُدَّهُ عليه، فيسقطُ الرِّبْحُ الذي رَبِحَه، فإذا اشتراهُ ثانياً تأكَّد ذلك الرِّبْح، فصارَ للمشتري الثَّاني شبهةٌ أن الرِّبحَ قد حصلَ به، فلا يكونُ منقطعَ الأحكامِ عن الأوَّل.

(**ورابحَ سيدٌ شرى من مأذونِهِ المحيط دينه برقبتِهِ**[2] **على ما شرَى بائِعُه**): أي اشترى العبدُ المأذونُ المحيطُ دينُه برقبتِهِ ثوباً بعشرةٍ، فباعَهُ[3] من مولاه بخمسةَ عشر، فالمولى إن باعَهُ مرابحةً، يقول: قام عليّ بعشرة.

بشهادةِ أنَّ الشفيعَ إذا سلَّم الشفعةَ في العقدِ الأوَّل، فيقدرُ على الشفعةِ في العقدِ الثاني، فالمرابحةُ تبتني عليه؛ ولهذا لو باعَه المشتري من ثالثٍ ثمَّ اشتراهُ الأوَّل منه يبيعُهُ مرابحةً بالثمنِ الأخير، وصارَ كما لو باعَه بعرضٍ يساوي خمسةَ عشر، ثم اشتراه بعشرة، فإنّه يبيعُهُ مرابحةً بعشرة.

[1]قوله: ولأبي حنيفة ﷺ...الخ؛ حاصلُهُ أنَّ ما ربحَ المشتري أوَّل مرَّة له شبهةُ الحصولِ بالعقد الثاني؛ لأنَّ الربحَ في البيعِ الأوَّل كان على شرفِ السقوطِ بأن يردَّ المشتري المبيعَ لظهورِ عيبٍ فيه، ويستردَّ منه كلَّ الثمنِ فيبطلُ حقَّه في الربح، وبالشراءِ ثانياً وقعَ الأمنُ من ذلك، وتأكّدَ الربحُ الأوّل.

وللتأكيدِ شبهةٌ بالإيجابِ حتى غرمَ شهودُ الطَّلاقِ قبل الدخولِ نصفَ الصداق إذا رجعوا؛ لأنَّ شهادتَهم أكّدت نصفَ المهر الذي كان على شرفِ السقوطِ بالردّة، وتمكّنِ ابنُ الزوج، وبيعُ المرابحةِ يمتنعُ بالشبهة، كما يمتنعُ بالحقيقة.

[2]قوله: المحيط دينه برقبته؛ وفائدةُ هذا القيدِ أنّه لو لم يكن على العبدِ دينٌ فباع من مولاه شيئاً لم يصحّ؛ لأنّه لا يفيدُ المولى شيئاً لم يكن له قبل البيع، لا ملكُ الرقبةِ ولا ملكُ التصرّف.

[3]قوله: فباعه؛ وكذلك إن كان المولى اشتراهُ فباعَهُ من العبدِ بخمسةَ عشر؛ لأنَّ هذا العقد وإن كان صحيحاً في نفسه لكن فيه شبهةُ العدم؛ لأنَّ العبد يملكه، وما في يدِهِ لا يخلو عن حقّهِ فاعتبرُ عدماً في حقِّ المرابحة، وبقيَ الاعتبارُ للأوَّل.

فيصيرُ كأنَّ العبدَ اشتراهُ للمولى بعشرةٍ في الفصل الأول، وكأنّه يبيعُهُ للمولّى في الفصل الثاني، فيعتبرُ الثمنُ الأوّل، والمكاتَبُ كالمأذون؛ لوجودِ التُّهمةِ بل كلُّ مَن لا

كمأذونٍ شرى من سيدِه، وربُّ المالِ على ما شراهُ ضاربَهُ بالنِّصفِ أوَّلاً، ونصفِ ما رَبِحَ بشرائِهِ ثانياً منه، فإن اعورَّتْ المبيعة، أو وُطِئَتْ ثَيْباً

(**كمأذونٍ شرى من سيدِه**): أي إذا اشترى المولي بعشرةٍ، ثم باعَهُ من مأذونِهِ المحيط دينه برقبتِهِ بخمسةَ عشرَ، فالمأذونُ إن باعَهُ مرابحة يقولُ قامَ عليَّ بعشرة؛ لأن بَيْعَ المولى من عبدِهِ المأذونِ وشراءَه منه اعتبرَ عدماً في حقِّ المرابحةِ لثبوتِهِ[1] مع المنافي.

وإنَّما قال: المحيطُ دينُهُ برقبتِهِ؛ لأنَّه حينئذٍ يكونُ للعبدِ المأذون ملكٌ، أمَّا المأذونُ الذي لا دينَ عليه، فلا ملكَ له، فلا شبهةَ في أن البيعَ الثَّاني لا اعتبارَ له، أمَّا إذا كان عليه دينٌ محيطٌ فحينئذٍ يكونُ البيعُ الثَّاني بيعاً، ومع ذلك لا اعتبارَ له في حقِّ المرابحةِ فيثبتُ الحكمُ بالطَّريقِ الأُولَى فيما لا دينَ عليّ.

(**وربُّ المالِ على ما شراهُ ضاربَهُ بالنِّصفِ أوَّلاً، ونصفِ ما رَبِحَ بشرائِهِ ثانياً منه**): أي اشترى المضاربُ بالنِّصفِ ثوباً بعشرةٍ وباعَهُ من ربِّ المالِ بخمسةَ عشرَ، فالثُّوبُ قامَ على ربِّ المالِ[2] باثني عشر ونصف.

(**فإن اعورَّتْ المبيعة، أو وُطِئَتْ ثَيْباً**[3]

تقبلُ شهادتُهُ له كالأصولِ والفروع، وأحدِ الزوجين، أو أحد المتفاوضين، كذلك كما صرّحوا به.

[١]قوله: **لثبوته**؛ أي لثبوتِ العقدِ وجوازه؛ لقيامِ الدَّين مع وجودِ المنافي للجواز، وهو كونُ العبدِ ملكاً للمولى، فصارَ كأنَّه باعَ ملكَ نفسِه من نفسه، وكذا في الشراء.

[٢]قوله: **قام على ربِّ المال**...الخ؛ فيقول: قامَ عليَّ باثني عشرَ ونصف، هذا عندنا؛ لأنَّ كلَّ واحدٍ منهما يستفيدُ ملكَ اليدِ بهذا العقد، وإن لم يستفدْ ملكَ الرقبة فيعتبرُ العقدُ مع شبهةِ العدمِ؛ لأنَّ المضاربَ وكيلٌ عن ربِّ المالِ في البيعِ الأوَّل من وجه، فجعلَ البيعُ الثاني عدماً في حقِّ نصف الربح.

وعند زفر ﷺ: لا يجوزُ بيع ربُّ المالِ من المضارب، ولا بيعُ المضاربِ منه؛ لانعدامِ الربح؛ لأنَّ الربحَ يحصلُ إذا بيعَ من الأجنبي، إذ البيعُ تمليكُ مالٍ بمالِ غيره، وهو يشتري ماله بماله.

[٣]قوله: **أو وطئت**؛ والحالُ أنها ثيباً، ولم ينقصها الوطء سواءٌ كان الواطئُ مولاها أو غيره؛ ولذا أتى بصيغةِ المجهول، كذا في «مجمع الأنهر»[1].

---

(١) «مجمع الأنهر»(٢: ٧٨).

رابحَ بلا بيان

رابحَ[١] بلا بيان): أي لا يَجِبُ عليه أن يقولَ[٢] إنِّي اشتريتُها سليمةً فاعورَّتْ في يدي، وعند أبي يوسف[٣] ﷺ والشَّافِعِيِّ[١][٤] ﷺ لزمَهُ بيانُ هذا؛ لأنَّهُ لا شكَّ أنَّه ينقصُ الثَّمنُ بالإعورارِ، وما قيلَ[٥]: إنّ الأوصافِ لا يُقابِلُها شيءٌ من الثَّمنِ، فمعناهُ أنَّ الأوصافَ لا يكونُ لها حصةٌ معلومةٌ من الثَّمنِ لا أنَّ الثَّمَنَ لا يزيدُ بسببِ الوصفِ ولا ينقُصُ بفواتِهِ، على أن هذا البيعَ مبنيٌّ على الأمانةِ، فالاحتياطاتُ السَّابقةُ لا تُناسبُ هذا.

[١]قوله: رابح؛ لأنَّه لم يحتبسْ عنده شيءٌ بمقابلةِ الثمن؛ لأنَّ الفائتَ وصف، وهو لا يقابلُهُ شيءٌ من الثمنِ بمجرد العقد؛ لكونِهِ تبعاً؛ ولهذا لو حدثَ بالمبيعِ عيبُ قبل القبض لا يسقطُ شيءٌ من الثمنِ غير أن المشتري يتخيَّرُ بين أخذِهِ وتركه.

[٢]قوله: أي لا يجبُ عليه أن يقول...الخ؛ وأمّا بيانُ نفسِ العيبِ فلا بدَّ منه؛ لقوله ﷺ: «مَن غَشَّنا فليس منّا»[٢]، فلا يجوزُ إخفاؤه.

[٣]قوله: عند أبي يوسف ﷺ؛ والمفهومُ من «الهداية»[٣] أنّه روايةٌ عنه، وبه قال زفر ﷺ، وقال أبو الليث ﷺ: وقولُ زفرِ ﷺ أجود، وبه نأخذ، ورجَّحهُ في «الفتح»[٤]، وهاهنا بحثٌ نفيسٌ ليطلبْ من المبسوطات.

وعن محمّد ﷺ: إنّه إن نقصَهُ قدراً لا يتغابنُ النَّاسُ فيه ولا يبيعُهُ مرابحةً بلا بيان، ودلَّ كلامُهُ على أنّه لو نقصَ بتغيرِ السعرِ بأمر الله لا يجبُ عليه أن يعيّن بالأولى أنّه اشتراهُ في حالِ غلائه، وكذا لو اصفرَّ الثوبُ بطولِ مكثِهِ أو توسّخ، كذا في «البحر»[٥].

[٤]قوله: والشافعي ﷺ؛ بناء على مذهبِهِ أن للأوصافِ خصّته من الثمنِ من غير فصلٍ بين ما كان التعيّبُ بآفةٍ سماويّةٍ أو بصنعِ العباد، كذا في «العناية»[٦].

[٥]قوله: وما قيل...الخ؛ هذا دفعُ دخلٍ تقريرُهُ أنّه لمّا ثبتَ أنّ الأوصافَ لا يقابلُها شيءٌ من الثمنِ فكيف يصدقُ أنّه ينقصُ الثَّمنَ بالإعورار، وحاصلُ الدَّفع:

---

(١) ينظر: «التنبيه»(ص٦٧)، و«المنهاج»(٢: ٧٩)، و«المحلي»(٢: ٢٧٦)، وغيرها.
(٢) في «صحيح مسلم»(١: ٩٩)، وغيره.
(٣) «الهداية»(٢: ٥٨).
(٤) «فتح القدير»(٦: ١٣٢).
(٥) «البحر الرائق»(٦: ١٢٤).
(٦) «العناية»(٦: ١٣١).

وإن فقئت، أو وُطِئَتْ بكراً لزمَهُ بيانُه، وقَرضُ فأر

لكنَّا نُجيبُ بأنَّه لم يأتِ من البائعِ غرور، فإنَّه صادقٌ في قوله: قامتْ عليَّ بكذا، لكن المشتري اغترّ فيه بحماقتِهِ فعليه أن يسألَهُ أنَّكَ اشتريتَ بكذا سليمةً أو معورَّةً؛ ليَتَبَيَّنَ له الحال، فإذا قصَّرَ في ذلك لا يَجِبُ على البائعِ كشفُ حالٍ لم يسأل عنها.

(وإن فقئت[1]، أو وُطِئَتْ بكراً لزمَهُ بيانُه، وقَرضُ[2] فأرٍ

أوَّلاً: أنّه ليس معناهُ أنَّ الوصفَ لا دخلَ له في ازديادِ الثمنِ ونقصانه، بل معناهُ أنّ الأوصافَ لا يكونُ لها حصَّةٌ معيّنة من الثمن، فإذا بيعَ الغلامُ الجميلُ بعشرةِ ألف درهمٍ لا يكون قيمةُ ذاته ثمانية آلافِ درهم، وألفانِ بمقابلةِ حسنه.

وثانياً: أنَّ بناءَ المرابحةِ على الأمانة، فالاحتياطاتُ السابقةُ لا تناسبُ كتمان العيب، واللهُ تعالى وليُّ الغيب.

[1]قوله: وإن فقئت؛ بمباشرةِ الغيرِ سواءٌ فقأها المولى أو الأجنبيُّ بأمرِ المولى أو بدونه، وإنّما قلنا: بمباشرةِ الغير؛ لأنّه إذا فقأ بفعلِ نفسِ المبيع فهو بمَنْزلة ما لو تعيَّبَ بآفةٍ سماويّة، وحكمُهُ ما مرَّ من عدمِ لزومِ البيان، أو وطئت حالَ كونِهما بكراً، سواءٌ كان الواطئ مولاها أو غيره؛ لزمُهُ بيانه: أي يبيعُهُ مرابحةً بشرطِ أن يبيِّنَ البائعُ العيبَ حيثُ احتبسَ عندَه جزءُ المبيع، وهو العذرةُ والعين.

ولأنَّ إزالةَ العذرةِ وإخراجَ العينِ عند كونها في ملكِهِ فلا يملكُ بيعَ الباقي بكلِّ الثمنِ مرابحةً وتوليةً، إذ الأوصافُ إذا صارت مقصودةً بالإتلافِ صار بها حصَّةٌ من الثمنِ بلا خلاف، أمّا إذا فقأها الأجنبيُّ فيجبُ البيان أخذَ أرشَها أو لا؛ لأنّه لمّا فقأَ الأجنبيّ أوجبَ عليه ضمانَ الأرش، ووجوبُ ضمانِ الأرشِ سببٌ لأخذِ الأرشِ فأخذَ حكمَه، كذا في «مجمع الأنهر»[1]، وغيره.

[2]قوله: وقرض؛ - بالقافِ المفتوحة -، وهكذا في سائرِ النسخِ الموجودةِ عندنا، وهو مأخوذٌ من قرضَ الثوبَ بالمقراض: إذا قطّعه.

وفي «الكفاية»[2] نقلاً عن «الفوائدِ الظهيريّة»: القرض: بفاءٍ معجمةٍ من فوقها

(١) «مجمع الأنهر»(٢: ٧٨).
(٢) «الكفاية»(٦: ١٣٢ - ١٣٣).

وحرقُ نارٍ للثَّوبِ المشترى كالأُولَى ، وتكسره بنشرِهِ وطيِّه كالثَّانيةِ. ومن شرى بِنَسَأٍ ورابحَ بلا بيانٍ خُيِّرَ مشتَرِيَه ، فإن أتلفَهُ ثُمَّ عَلِمَ لَزِمَهُ كلُّ ثَمَنِه

وحرقُ نارٍ للثَّوبِ المشترى كالأُولَى[١] ، وتكسره بنشرِهِ وطيِّه كالثَّانيةِ[٢] .
ومن شرى[٣] بِنَسَأٍ ورابحَ بلا بيانٍ خُيِّرَ مشتَرِيَه ، فإن أتلفَهُ[٤] ثُمَّ عَلِمَ لَزِمَهُ كلُّ ثَمَنِه

بواحدة ، نصَّ على هذا صدرُ الإسلامِ أبو اليسير.

[١]قوله : كالأولى ؛ أي كالمسألةُ الأولى في عدمِ لزومِ البيانِ لما ذكرَ في الإعورارِ من أنَّ الأوصافَ تابعةٌ لا يقابلها الثمن.

[٢]قوله : كالثانية ؛ أي كالمسألةِ الثانيةِ في لزومِ البيان ، لما ذكرَ في فَقْءِ العينِ من أنَّ الأوصافَ صارت مقصودةً بالإتلاف.

[٣]قوله : من شرى ؛ ثوباً مثلاً بنسأ أي بعشرةٍ نسيئةٍ مثلاً ورابح : أي باعَه بربحٍ واحدٍ حالاً مثلاً بلا بيان : أي لم يبيِّن أنّه اشتراهُ نسيئةً ، فعَلِمَ المشتري خيانَته ، خُيِّرَ مشتَرِيَه إن شاءَ أخذَه بكلِّ الثمن ، أو ردَّه ؛ لأنَّ للأجلِ شبهاً بالمبيع ، ألا ترى أنّه يزادُ في الثمن ؛ لأجلِ الأجل.

والشبهةُ في بابِ المرابحةِ تلحقُ بحقيقة المبيعِ احتياطاً ، فصارَ كأنّه اشترى شيئينِ وباعَ أحدهما مرابحةً بثمنهما ، وهذا ممنوعٌ جداً ، والإقدامُ على المرابحةِ يقتضي السَّلامةَ عن مثلِ هذه الخيانة ، فإذا ظهرت الخيانةُ بعدمِ بيانِ أنّه نسيئةٌ يخَيَّرُ في الأخذِ والردّ ، كما يُخيَّرُ عند ظهورِ العيبِ في المبيع. والحاصلُ أنَّ عدمَ بيانِ أصلِ الأجلِ خيانة ، وكذا بيانُ بعضِه وإخفاءُ بعضِهِ الآخر.

فإن قيل : إنَّ الغلامَ السليمَ الأعضاءَ يزادُ في ثمنه ؛ لأجلِ سلامةِ الأعضاءِ بالنسبةِ إلى غيرِ السّليم ، وإن فاتت سلامةُ الأعضاءِ لم يجبْ البيانُ على البائعِ كما مرَّ في مسألة الاعورار.

أجيبَ : بأنَّ الزيادةَ هناك ليست منصوصاً عليها أنّها في مقابلةِ السلامة ، وما نحنُ فيه هو أن يقول : إن أجلتني مدَّةَ كذا فثمنُهُ يكون كذا ، بزيادة مقدار ، فتثبتُ زيادة الثمنِ بالشرط ، ولا يثبتُ ذلك في سلامةِ الأعضاء ، كذا في «العناية»[١] .

[٤]قوله : فإن أتلفه ؛ أي المشتري المبيع ، بأن باعه أو بوجهٍ آخر ، ثمَّ عَلِمَ

---

(١) «العناية»(٦ : ١٣٣).

وكذا التَّوليةُ. فإن وَلَّى بما قامَ عليه، ولم يعلم مشتَرِيَه قدرَه فسدَ البيع، فإن عَلِمَ في المجلسِ خُيِّر

وكذا التَّولية[1]

فإن وَلَّى[2] بما قامَ عليه، ولم يعلم مشتَرِيَه قدرَه فسدَ البيع، فإن عَلِمَ في المجلسِ خُيِّر

المشتري أن باعَه كان اشتراهُ بنسأ، لزمَه كلُّ ثمنِهِ المسمَّى، إذ ليس له إلا ولايةُ الردّ، وهو غيرُ ممكنٍ لإتلافه، وأمّا أن يسقطَ شيءٌ من الثمنِ بعد الإتلافِ فلا؛ لأنّ في المسألةِ شبهةُ الخيانةِ لا حقيقتها، وفي الإسقاطِ يلزمُ خلافَ المفروض.

[1]قوله: **وكذا التولية**؛ أي هي مثلُ المرابحةِ فيما ذكرناهُ من الخيارِ عند قيام المبيع، وعدمِ الرجوعِ حالَ هلاك لابتنائها على الثمنِ الأوّل، وينبغي أن يجعل قوله: وكذا التولية؛ عائدٌ إلى جميعِ ما ذكره للمرابحة، فلا بدَّ من البيانِ في التولية أيضاً، في التعييب ووطء البكر، وبدونِهِ في التعييبِ ووطء الثيب.

وعن أبي يوسفَ ﷺ أنّه يردُّ القيمةَ ويستردَّ كلَّ الثمن، وهو نظيرُ ما إذا استوفى الزُّيوف مكان الجياد، وعلمَ بعد الإنفاق، وقيل: يقومُ بثمنٍ حالٍ ومؤجّل، فيرجعُ بفضلِ ما بينهما، كذا في «الهداية»(1).

وقال أبو جعفر: المختارُ للفتوى الرجوعُ بفضلِ ما بينهما، كذا في «البحر»(2)، ولو لم يكن الأجلُ مشروطاً في العقد، ولكنَّه معتادٌ التنجيم، قيل: لا بدَّ من بيانِهِ لأن المعروفَ كالمشروط، وقيل: يبيعه ولا يبيّنه؛ لأنَّ الثمنَ ما كان إلا مالاً في العقد، أمّا لو فرضنا أنّه باعه بلا شرطٍ أجل، فلم ينفذْهُ إلى شهرٍ مطلاً، فلا شكَّ أنّه يبيعُهُ مرابحةً بالألف، كذا في «فتح القدير»(3).

[2]قوله: **فإن ولى**؛ رجلاً شيئاً أي باعَ له بالتولية، والحالُ أنّه لم يعلمْ مشتريه قدره: أي بكم قامَ هذا الشيء على المولى فسدَ البيع؛ لجهالةِ الثمن، وجهالتُهُ تفضي إلى المنازعة، وهي تفسدُ البيع.

---

(1) «الهداية»(٣: ٥٨).

(2) «البحر الرائق»(٦: ١٢٥).

(3) «فتح القدير»(٦: ١٣٤).

....

....

فإن علمَ المشتري بكم قامَ عليه في المجلس قبل الافتراقِ خُيِّر المشتري بين أخذِه وتركه؛ لأنَّ جهالةَ الثمنِ فسادٌ في صلبِ العقد إلا أنّه في مجلسِ العقدِ غيرُ متقرّر، فإذا علمَ في المجلسِ ارتفعتِ الجهالة، وإنّما يتخيّر؛ لأنَّ الرِّضاءَ لم يتمَّ قبله؛ لعدمِ العلم كما في خيارِ الرؤية، وإن علمَ بعد الافتراقِ لا يصحُّ البيعُ لتقرُّرِ الفساد، فلا يقبلُ الإصلاح.

ﮥﮥﮥ

فصل

في بيان التصرف في المبيع والثمن قبل قبضه

ولم يجز بيعُ مشترى قبل قبضِهِ إلاَّ في العقارِ

فصل

في بيان التصرف في المبيع والثمن قبل قبضه

ولم يجز[1] بيعُ مشترى قبل قبضِهِ إلاَّ في العقارِ[2]): والفرقُ[3] بينهما

[١]قوله: ولم يجز... الخ؛ وجهُ ذكر هذه المسائلِ هاهنا هو الاستطراد، باعتبارِ تقييدها بقيدٍ زائدٍ على البيعِ المجرَّدِ عن الأوصاف، كالمرابحةِ والتولية، وإلا فكان ذكرها في بابِ البيعِ الفاسدِ أنسب، كما لا يخفى على مَن له ذوق سليم.

[٢]قوله: إلا في العقار؛ وقيَّده في «التنوير»(١) بما لا يخشى هلاكه؛ لأنّه لو كان بموضعٍ لا يؤمنُ عليه ذلك، لا يجوزُ كالمنقول، ذكرُه في «البحر»(٢) معزياً إلى المَحْبُوبِيّ، وقال في «الاختيار»: حتى لو كان على شطِّ البحر، أو كان المبيعُ علْواً لا يجوزُ بيعُهُ قبل القبض. انتهى.

وقال في «النهاية»: قال بعضُ أصحابنا: في موضعٍ لا يؤمنَ عليه ذلك، لا يجوز عنده كما في المنقول. وجوابه: في موضعٍ لا يخشى عليه أن تصيرَ بحرا، أو يغلبُ عليه الزيادة. انتهى.

[٣]قوله: والفرق...الخ؛ توضيحُهُ: إنّ البيعَ لم يجزْ قبل قبضِ المبيعِ إذا كان ممّا ينقلُ ويحوّل؛ لورودِ النَّهيِ فيه، وعلّةُ غررِ انفساخِ العقدِ الأوّلِ على تقديرِ هلاكِ المبيعِ في يدِ البائع؛ فإنّه إذا هلكَ قبل القبضِ ينفسخُ البيع، وعادَ إلى قديمِ ملكِ البائع، فيكون المشتري بائعاً ملكَ غيره.

ومتى قبضَ يتمُّ البيع، فيصيرُ بائعاً ملكَ نفسه، وقبل القبضِ لا يدري أتمَّ البيع، فيصيرُ بائعاً ملكَ نفسِهِ أم ينفسخُ فيصيرُ بائعاً غيره، فلا يصحُّ فتمكن فيه غرر، فكان باطلاً بخلافِ البيعِ الأوّل؛ لأنّه لا يتمكنُ فيه هذا الغرر؛ لأنّه متى لم يقبضْ المشتري وانفسخ البيع بالهلاك، أو قبضَ وتمَّ البيع، يكونُ البائعُ في الحالين بائعاً ملكَه لا ملكَ غيره، بخلافِ ما نحنُ فيه، كذا في «الكفاية»(٣).

---

(١) «تنوير الأبصار»(ص١٣٤).

(٢) «البحر الرائق»(٦: ١٢٦).

(٣) «الكفاية»(٦: ١٣٦).

ومَن شَرَى كيلياً كيلاً لم يبعْهُ ولم يأكلْهُ حتى يكيلَه

«أن نَهْي[١] النَّبيِّ ﷺ عن بيعِ ما لم يُقْبَضْ» مُعلَّلٌ بأنَّ فيه غَرَرَ انفساخِ العقد على تقديرِ الهلاكِ، والهلاكُ في العقارِ نادرٌ، وعند[٢] محمَّدٍ ﷺ لا يجوزُ في العقارِ أيضاً عملاً بإطلاق النَّهْي.

(ومَن شَرَى كيلياً كيلاً[٣]): أي بشرطِ الكيلِ، (لم يبعْهُ[٤] ولم يأكلْهُ حتى يكيلَهُ)

والهلاكُ فيما ينقلُ ويحول كثير، وفي العقارِ نادر، فلهذا جازَ البيعُ قبل قبضِ المبيعِ في المنقولاتِ لا في العقار.

[١]قوله: **نهى النبيّ ﷺ**؛ أخرجَ النسائيُّ في «سننه الكبرى»: عن حكيمِ بن حزام قال: «قلت: يا رسول الله؛ إنّي رجل ابتاعَ هذه البيوعَ وأبيعها، فما يحلُّ لي هاهنا، وما يحرم؟ قال: لا تبيعنَّ شيئاً حتى تقبضه»(١)، كذا في «نصب الراية»(٢).

[٢]قوله: **عند محمد ﷺ**؛ والجوابُ عن الشيخين أنَّ ركنَ البيع صدرَ من أهلِهِ في محلّه، ولا غررَ فيه؛ لأنَّ الهلاكَ في العقارِ نادر، بخلافِ المنقول، والغررُ المنهيُّ عنه غررُ انفساخِ العقد، والحديثُ معلولٌ به، عملاً بدلائلِ الجواز، كذا في «الهداية»(٣).

[٣]قوله: **كيلاً**؛ بخلافِ ما إذا باعه مجازفةً، فإنَّ الزائدَ على ما كان في ذهنِهِ له فإذا قبضَه جازَ التصرُّفُ فيه، ولا حاجةَ إلى الكيل.

[٤]قوله: **لم يبعه**، ولم يذكر المصنِّف ﷺ حكمَ هذا البيع، وقد صرَّحوا بفساده في «الجامعِ الصغير»: محمَّد عن يعقوبَ عن أبي حنيفةَ ﷺ قال: إذا اشتريتَ شيئاً مما يكالُ أو يوزنُ أو يعدُّ فاشتريتَ ما يكالُ كيلاً، أو ما يوزنُ وزناً، وما يعدُّ عداً، فلا تبعْه حتى تكيلَه وتزنَه وتعدَّه، فإن بعتَه قبل أن تفعل، وقد قبضته فالبيعُ فاسدٌ في الكيلِ والوزن. انتهى.

وفي «المجتبى»: لو اشترى المعدودَ عدّاً، فكالموزونِ لحرمةِ الزيادةِ عليه، وعندهما: كالذروع؛ لأنّه ليس من الربويّات ثمّ إن باعَه فيما لم يخيّر بيعُه كان فاسداً. انتهى.

---

(١) في «سنن النسائي الكبرى»(٤: ٣٧)، و«صحيح ابن حبان»(١١: ٣٥٨)، و«المجتبى»(٧: ٢٨٦)، وغيرها.

(٢) «نصب الراية»(٤: ٣٢).

(٣) «الهداية»(٣: ٥٩).

وشُرِطَ كيلُ البائع بعد بيعِهِ بحضرةِ المشتري

فإنَّه[١] ﷺ «نَهَى عن بيعِ الطَّعامِ حتى يجري فيه صاعانِ صاعُ البائعِ[٢]، وصاع المشتري»(١).

(وشُرِطَ كيلُ البائعِ بعد بيعِهِ بحضرةِ المشتري) حتى إن كالَهُ البائعُ قبل البيعِ فلا اعتبارَ له[٣] وإن كالَ البائعُ بحضرةِ المشتري

وعندهما: كالذروع؛ لأنّه ليس من الربويّات ثمّ إن باعَه فيما لم يخيّر بيعُه كان فاسداً. انتهى.

[١]قوله: فإنّه ﷺ...الخ؛ أخرجَهُ ابنُ ماجة في «سننه»: عن جابر ﷺ مرفوعاً إلى النبيِّ ﷺ، والدَّليلُ العقليُّ على عدمِ جوازِهِ بدون الكيلِ أنَّ المكيلَ يحتملُ الزيادةَ على المشروط، وهو للبائع لا يجوزُ التصرُّفُ في مالِ الغير، فيجبُ التحرُّزُ عنه بتركِ التصرُّف.

[٢]قوله: صاعُ البائع...الخ؛ أرادَ بصاعِ البائع صاعه لنفسه حين يشتريه، وبصاع المشتري صاعه لنفسِهِ حين يبيعَه؛ لإجماعهم على أنَّ البيعَ الواحدِ لا يحتاجُ إلى الكيلِ مرَّتين، كذا في «البناية»(٢).

[٣]قوله: لا اعتبارَ له، ولو كان بحضرةِ المشتري؛ لأنّه ليس صاعُ البائع ولا المشتري، والشرطُ أن يوجدَ الصاعان منهما بالحديث، ذكره شيخنا العلامة الطحطاويُّ في «حاشية الدرّ المختار»(٣).

وإنّما شرطَ ذلك؛ لأنَّ البيعَ يتناولُ ما يجوزُ الكيل أو الوزن، وهو مجهول، فربّما يزيدُ وينقص، فما لم يكل لنفسِهِ أو لم يزنْ لا يمتازُ المبيعُ عن غيره، فكان البيعُ مجهولاً،

---

(١) من حديث جابر وأبي هريرة وأنس وابن عباس ﷺ في «سنن ابن ماجه»(٢: ٧٥٠)، و«سنن البيهقي الكبير»(٥: ٣١٥)، قال البيهقي: روي موصولاً من أوجه إذا ضمَّ بعضُها إلى بعضٍ قوي مع ما ثبت عن ابن عمر ﷺ وابن عباس ﷺ، وينظر: «المصباح»(٣: ٢٤)، و«التلخيص»(٣: ٢٧)، و«نصب الراية»(٤: ٣٤)، وغيرها.

(٢) «البناية»(٦: ٥١١).

(٣) «حاشية الطحطاوي»(٣: ١٠١).

كفى به في الصَّحيح ، وكذا ما يُوزَنُ وما يعدُّ، لا ما يذرعُ

وكذا[١] إن كالَهُ بعد البيع بغيبةِ المشتري ، **(كفى به في الصَّحيح[٢])** : أي إن كالَ البائعُ بعد البيعِ بحضرةِ المشتري فهذا كاف[٣]، ولا يشترطُ أن يكيلَ المشتري بعد ذلك ، ومحملُ الحديثِ المذكورِ ما إذا اجتمعَ الصَّفقتان بشرطِ الكيلِ على ما سيأتي في «باب السلم»، وهو ما إذا أسلمَ في كرِّ بُرٍ فلمَّا حلَّ الأجلُ اشترى المُسَلَّمُ إليه من رجلٍ كُرّاً ، أو أَمَرَ ربَّ السَّلمِ أن يقبضَهُ له ، ثم يقبضُهُ لنفسِهِ، فاكتالَهُ له ، ثُمَّ اكتالَهُ لنفسِهِ جاز[٤].

(وكذا ما يُوزَنُ وما يعدُّ[٥]) : أي لا يبيعُهُ ولا يأكلُهُ حتى يزنَهُ أو يعدَّهُ ثانياً ، ويكفي وزنُهُ إن وزنَهُ ، أو عدَّهُ بعد البيعِ بحضرةِ المشتري.

(لا ما يذرعُ) : أي لا يشترطُ[٦] ما ذُكِرَ في المذروعاتِ ثانياً.

فيفسدُ البيع ، كذا في «الكفاية»(١).

[١]قوله : **وكذا...الخ** ؛ أي وكذا لا اعتبارَ له إن كان بعد البيعِ بغيبةِ المشتري ؛ لأنَّ الكيلَ من تمامِ التسليم ، ولا تسليمَ مع الغيبة.

[٢]قوله : **في الصحيح** ؛ ردٌّ لما قيل : شرط كيلان ، كيلُ البائعِ بعد العقدِ بحضرة المشتري ، وكيلُ المشتري قبلَ التصرُّفِ فيه ، ولا يكتفى بكيلِ البائعِ فقط ؛ لظاهرِ الحديث ، فإنّه اعتبرَ صاعين.

[٣]قوله : **كافٍ** ؛ لأنَّ المبيعَ صارَ معلوماً بمكيلٍ واحد ، وتحقَّقَ معنى التسليم ، كذا في «البحر»(٢).

[٤]قوله : **جاز** ؛ أي لا يصحُّ إلا بصاعين ؛ لاجتماعِ الصفقتين بشرطِ الكيل :

أحدهما : شراءُ المسلَّمِ إليه.

وثانيهما : قبضُ ربِّ المُسَلَّم لنفسه ، وهو كالبيعِ الجديد ، فتجتمعُ صفقتان.

[٥]قوله : **وما يعدّ** ؛ غيرُ الدَّراهمِ والدنانير ؛ لأنّه يجوزُ التصرُّفُ فيهما بعد القبضِ قبل العدّ كما صرَّحوا به.

[٦]قوله : **لا يشترط...الخ** ؛ لأنَّ الزيادةَ للمشتري ، فإنّ الذرعَ وصفٌ في الثوب ،

---

(١) «الكفاية»(٦ : ١٤١).

(٢) «البحر الرائق»(٦ : ١٣٩).

وصحَّ التَّصرُّفُ في الثَّمنِ قبل قبضِه، والحطُّ عنه والمزيدُ فيه حالَ قيامِ المبيعِ لا بعدَ هلاكِهِ

(**وصحَّ التَّصرُّفُ**[1] **في الثَّمنِ**[2] **قبل قبضِه**)، مثل أن يأخذَ البائعُ من المشتري عوضَ الثَّمنِ ثوباً، (**والحطُّ عنه**[3] **والمزيدُ فيه حالَ قيامِ المبيعِ لا بعدَ هلاكِهِ**): قولُهُ: حالَ قيامَ المبيعِ؛ متعلّق بالمزيدِ فيه، فإنَّ الزِّيادةَ على الثَّمنِ لا تصحُّ بعد هلاكِ المبيعِ لكنَّ الحطَّ عنه يصحُّ.

واحتمالُ النَّقصِ إنّما يوجبُ خياره، وقد أُسْقِطَ ببيعِهِ بخلافِ المقدور، وفي «التبيين»(1): هذا إذا لم يسمِّ لكلِّ ذراعٍ ثمناً، وإن سمّى فلا يحلُّ لهُ التصرُّفُ فيه حتى يذرع.

[1]قوله: وصحَّ التصرُّف؛ في الثمن ببيعٍ وهبةٍ وإجارةٍ ووصيّةٍ وتمليكٍ ممَّن عليه، بعوضٍ وغيرِ عوضٍ قبل قبضِه، سواءً كان ممّا لا يتعيَّنُ كالنقود، أو ممَّا يتعيَّن كالمكيلِ والموزون، حتى لو باعَ إبلاً بدراهم، أو بكُرٍّ من حنطةٍ جازَ أن يأخذَ بدله شيئاً آخر؛ لأنَّ المطلقَ للتصرُّف وهو الملكُ قائم، والمانعُ وهو غررُ الانفساخِ بالهلاكِ منتفٍ؛ لعدمِ تعيّنها بالتّعيين: أي في النقود، كما في «العناية»(2) وغيرها.

لكن المدّعى عام، وهو التصرُّفُ في الثمن قبل القبضِ جائزٌ مطلقاً، سواءٌ كان ممّا لا يتعيّن أو ممّا يتعيّن كما مرّ، والدَّليلُ وهو انتفاءُ غررِ الانفساخ بالهلاك؛ لعدم تعيّنها بالتعيين، فيكونُ الدليلُ أخصّ، كذا في «مجمع الأنهر»(3).

[2]قوله: في الثمن؛ الثمنُ ما يثبت في الذمّةِ ديناً عند المقابلة، وهو النقدان والمثليات إذا كانت معينةً وقوبلت بالأعيان، أو غير معيَّنةٍ وصحبها حرفُ الباء، وأمَّا المبيعُ فهو القيمياتُ والمثليّاتُ إذا قوبلت بنقدٍ أو بعين، وهي غير معيَّنة مثل: اشتريتُ كرَّ برّ بهذا العبد، كذا في «ردّ المحتار»(4) نقلاً عن «الشُّرُنْبُلاليّة»(5).

[3]قوله: والحطُّ عنه...الخ؛ أي وصحَّ حطُّ البائع عنه: أي عن الثمن، ولو بعد

(1) «تبيين الحقائق»(٤: ٨٢).
(2) «العناية»(٦: ١٤٢).
(3) «مجمع الأنهر»(٢: ٨١).
(4) «رد المحتار»(٤: ١٦٥).
(5) «الشرنبلالية»(٢: ١٨٤).

وفي المبيع، ويتعلَّقُ استحقاقُهُ بالجميع

(وفي المبيع[١]): أي صحَّ الزِّيادةُ في المبيع، (ويتعلَّقُ استحقاقُهُ بالجميع)

هلاكِ المبيع؛ لأنَّه بحالٍ يمكنُ إخراجُ البدلِ عمّا يقابلُه؛ لكونِهِ إسقاطاً، والإسقاطُ لا يستلزمُ ثبوتَ ما يقابلُه، فيثبتُ الحطُّ في الحال، ويلتحقُ بأصلِ العقدِ استناداً.

وصحَّ المزيد: أي الزيادةُ فيه: أي في الثمنِ حال قيامِ المبيع إن قبلَ البائعُ في المجلس، حتى لو زادَه فلم يقبلْ حتى تفرَّقا بطلت الزيادة، كما في «الهداية»(١) وغيرها.

فعلى هذا لو قيَّدَ به لكان أولى؛ لأنّه ممّا لا بدَّ منه لا بعد هلاك المبيع في ظاهرِ الرِّواية، إذ لو هلكَ المبيعُ أو تغيّر بتصرُّفِ المشتري فيه، حتى خرجَ عن إطلاقِ اسمِهِ عليه كبُرٍّ طُحِنَ أو خرجَ عن محليّة البيع كعبدٍ دُبِّر، لا تجوزُ الزيادةُ إذ ثبوتُها ملحوظٌ في مقابلةِ الثَّمن، وهو غيرُ باقٍ على حالِه، فلم يتصوَّر التقابلُ فيه، كذا في «مجمع الأنهر»(٢).

وصورةُ الزيادةِ في الثمنِ أو الحطِّ عنه، أن يشتريَ عيناً بمئةٍ ثم زادَ عشرةً مثلاً، أو باعَ عيناً بمئةٍ ثمَّ زادَ على المبيع شيئاً، أو حطَّ بعضَ الثمن، فكلُّ ذلك جائز، أمّا لو حطَّ الكلّ فلا؛ لأنّه تبديلٌ لأصلِ العقدِ لصيرورتِهِ هبة، لا تغييرٌ لوصفِ العقد، فلا يلتحقُ به.

[١]قوله: وفي المبيع؛ أي وكذا صحَّ الزيادةُ في المبيع، ولزمَ البائعَ دفعُها إن قبلَ المشتري ذلك؛ لأنّه تصرُّفٌ في حقِّهِ وملكِه، ويلتحقُ بالعقد، فيصيرُ حصّةً من الثمن، حتى لو هلكتِ الزيادةُ قبلَ القبض تسقط حصَّتُها من الثمن، بخلافِ الزيادةِ المتولِّدةِ من المبيع، حيث لا يسقطُ شيءٌ بهلاكها قبل القبض.

وكذا إذا زادَ في الثمنِ عَرْضاً، كما لو اشتراهُ بمئةٍ وتقابضا ثمَّ زادَهُ المشتري عَرْضاً قيمتُهُ خمسون، وهلكَ العرضُ قبل التسليمِ ينفسخُ العقدُ في ثلاثة، ولا يشترطُ للزيادة هاهنا قيام المبيع، فيصحُّ بعد هلاكِهِ بخلافِ الزِّيادةِ في الثمن، كما في «البحر»(٣)، وصرَّحَ به في «الكفاية»(٤) و«العناية»(٥).

---

(١) «الهداية»(٣: ٦٠).
(٢) «مجمع الأنهر»(٢: ٨١).
(٣) «البحر الرائق»(٦: ١٣١).
(٤) «الكفاية»(٦: ١٤٤).
(٥) «العناية»(٦: ١٤٤).

....

يمكنُ أن يرادَ به أن البائعَ[١] يكونُ مُستَحِقّاً بجميعِ الثَّمنِ من الزائدِ والمزيدِ عليه، والمشتري يستحقُّ جميعَ المبيعِ من الزَّائدِ والمزيدِ عليه، ويمكنُ[٢] أن يُرادَ أنَّهُ إذا استحقَّ مستحقٌّ المبيعَ أو الثَّمنَ، فالاستحقاقُ يتعلَّقُ بجميعِ ما يقابلُهُ من الزَّائد والمزيدِ عليه، فلا يكونُ الزَّائدُ صلة مبتدأة

وقال يعقوب باشا: في «حاشية»(١) هذا الكتاب: وهاهنا كلام وهو أنَّ الظاهرَ من «الكافي» أنَّ الزيادةَ بعد تلفِ المبيعِ سواء أكانت في الثمنِ أو في المبيعِ تصحُّ في رواية، ولا تصحُّ في ظاهرِ الرِّواية؛ لأنَّ الزيادةَ تغيِّرُ العقدَ من وصفٍ إلى وصف، فتستدعي قيامَ العقد، وقيامُهُ بقيامِ المبيع.

وذكر في بعضِ شروحِ «الجامع الصغير»: إنَّ الزيادةَ في المبيعِ أو الثمنِ إنّما تجوزُ إذا كان المبيعُ قائماً، ولا تجوزُ لو كان هالكاً، فبينَ هذا وبينَ ما ذكر في «الكفاية»(٢) و«العناية»(٣) منافاةٌ، فليتأمّل في التوفيق. انتهى.

[١]قوله: إنَّ البائعَ...الخ؛ فإنَّ للبائعِ أن يحبسَ المبيعَ ما لم يستوفِ المزيد والمزيدَ عليه من الثمنِ إذا كان الثمنُ حالاً، وليس للمشتري أن يمنعَ الزيادةَ بعد ذلك؛ لأنّها استحقَّت بأصلِ العقد، وكذلك المشتري ليس له مطالبةُ البائعِ بتسليمِ المبيعِ ما لم يسمِّ المزيدَ والمزيدَ عليهِ من الثمن.

وكذلك المشتري يرجعُ على البائعِ بجميعِ ذلك أعني بالأصلِ والزيادةِ إذا استحقَّ المبيع، وفي صورةِ الحطِّ للمشتري مطالبةُ البائعِ بتسليمِ المبيعِ إذا سلَّم ما بقيَ بعد الحطِّ من الثمن، وكذلك الشفيعُ يستحقُّ المبيعَ بما بقيَ بعد الحطّ، كذا صرَّحَ به العَيْنِيُّ ﷺ(٤).

[٢]قوله: ويمكن...الخ؛ اعترضَ عليه صاحبُ «الدرر»(٥) بأنّه لا يمكنُ ذلك؛ لأنَّ مدارَ هذا الاستحقاقِ على الدَّعوى والبينة، فإن ادَّعى المستحقُّ مجرَّد المزيدِ عليه وأثبتَه أخذه، وإن ادَّعاه مع الزيادةِ وأثبته أخذه، وكذا إن ادَّعى الزيادة فقط.

---

(١) «حاشية يعقوب باشا»(ق١٠٥/ب).

(٢) «الكفاية»(٦: ١٤٤).

(٣) «العناية»(٦: ١٤٤).

(٤) في «رمز الحقائق»(٢: ٤٠).

(٥) «درر الحكام»(٢: ١٨٤).

....

كما هو مذهبُ زُفرَ ﷺ والشَّافِعِيِّ ﷺ[١]

[١]قوله: كما هو مذهبُ زفرَ والشافعيّ ﷺ؛ فإنَّ عندهما لا يصحُّ الحطُّ والمزيد، على اعتبارِ الالتحاقِ بأصلِ العقد، بل على اعتبارِ ابتداءِ الصلة؛ لأنّه لا يمكن تصحيحُ الزيادةِ ثمناً؛ لأنّه يصيرُ ملكُهُ عوضَ ملكه، فإنَّ المشتري ملكَ المبيعَ بالعقدِ بالمسمّى من الثمنِ قبل الزيادة.

فلو زادَ في الثمنِ مع ذلك، كانت الزيادةُ لأجلِ ملكِ نفسه، وهو المبيع، وذلك لا يجوز، فلا يلتحقُ الزيادةُ بأصلِ العقد، وكذلك الحطّ؛ لأنَّ كلَّ الثمنِ صارَ مقابلاً بكلِّ المبيع، فلا يمكنُ إخراجُ بعضِهِ فلو أخرجَ بقيَ المبيعُ بلا عوض، وذا لا يجوز، ولا يمكنُ أن يجعلَ الباقي في مقابلةِ الكلّ؛ لانتفاءِ العقد الجديد، فصار بُرّاً مبتدأ.

ولنا: إنَّ البائعَ والمشتري بالحطِّ والزيادةِ يغيّران العقدَ من وصفٍ مشروعٍ إلى وصفٍ مشروعٍ آخر، وهو كونه رابحاً أو خاسراً أو عدلاً، فإنَّ البيعَ شرعَ خاسراً ورابحاً وعادلاً، والزيادة في الثمنِ تجعلُ الخاسر عادلاً، والعادل رابحاً، والحطُّ يجعلُ الرابحَ عادلاً، والعادل خاسراً.

وللعاقدين ولاية رفعِ العقدِ بالإقالةِ محاولاً أن يكون لهما ولاية التغير من وصفٍ إلى وصف؛ لأنَّ التّصرّف في وصفِ الشيء أهونُ من التصرُّفِ في أصله، فالذي يملكُ التصرُّفَ في الأصلِ أولى بأن يملكَ التصرُّفَ في الوصف، وصار كما إذا أسقطَ الخيارِ أو شرطاه بعد العقد، بأن عقدا عقداً ثمَّ شرطا الخيارَ بعده، فقد يغيَّرُ العقد من صفةِ اللزوم إلى غيره.

ثمَّ إذا صحَّ الزيادةُ والحطّ فهما يلتحقان بأصل العقد؛ لأنَّ وصفَ الشيءِ يقوم به لا بنفسه، وفائدةُ الالتحاقِ تظهر في التوليةِ والمرابحةِ والشفعةِ والاستحقاقِ وحبسِ المبيعِ وفسادِ الصرف، فيولي ويرابحُ على الكلِّ في الزيادة، وعلى الباقي بعد المحطوط، ويأخذُ الشفيعُ بما بقيَ في الحطّ.

وإنّما كان له أن يأخذَ بدون الزيادةِ لما فيها من إبطالِ حقّه الثابت، فلا يملكانه، ويرجعُ المشتري على البائع بالكلّ، ولو أجازَ المستحقُّ البيعَ أخذَ الكلّ، وله حبسه حتى يقبضَ الزيادة، ولو باعَ الدراهم بالدراهمِ متساوية، ثمَّ زادَ أحدُهما أو حطَّ وقبل

فيرابحُ ويولي على الكلِّ إن زيدَ، وعلى ما بقي إن حطَّ ، والشَّفيعُ يأخذُ بالأقلِّ في الفصلينِ، فلو قال بِعْ عبدكَ من زيدٍ بألفٍ على أنّي ضامنٌ كذا من الثَّمنِ سوى الألف ، أخذَ الألفَ من زيدٍ والزِّيادةُ منه ، ولو لم يقلْ من الثَّمنِ، فالألفُ على زيدٍ ولا شيءَ عليه. وكلُّ دينٍ أُجِّلٍ إلى أجلٍ معلومٍ

(**فيرابحُ**[1] **ويولي على الكلِّ إن زيدَ، وعلى ما بقي إن حطَّ**) (**والشَّفيعُ يأخذُ بالأقلِّ في الفصلينِ**[2]) : أي في الزِّيادةِ على الثَّمنِ والحطِّ عنه.

أمَّا في الحطِّ ؛ فلأنَّه التحقَ بأصلِ العقدِ.

وأمَّا في الزِّيادة ؛ فلأنَّ حقَّهُ تعلَّق بالثَّمنِ الأوَّلِ، فلا يملكُ الغيرُ إبطالَ حقّه الثابت.

(**فلو قال بِعْ عبدكَ من زيدٍ بألفٍ على أنّي ضامنٌ كذا من الثَّمنِ سوى الألف ، أخذَ الألفَ من زيدٍ والزِّيادةُ منه ، ولو لم يقلْ من الثَّمنِ، فالألفُ على زيدٍ ولا شيءَ عليه**[3] ، **وكلُّ دينٍ أُجِّلٍ إلى أجلٍ معلومٍ**[4]

الآخر ، وقبضَ الزائدَ في الزيادةِ أو المردودِ في الحطِّ ، فسدَ العقدُ كأنّهما عقداه كذلك من الابتداء. هذا ما لخَّصتُه من كتب عديدة.

[١]قوله : **فيرابح**...الخ ؛ هذا تفريعٌ على صحَّة الزيادةِ والحطِّ وعلى إلحاقهما بأصلِ العقد.

[٢]قوله : **في الفصلين** ؛ وإن كان مقتضى الإلحاق بالأصلِ أن يأخذَ الكلّ في صورةِ الزيادة ؛ لأنَّ حقَّه تعلَّقَ بالعقدِ الأوّل ، وفي الزيادةِ إبطاله ، وليس لهما إبطاله.

[٣]قوله : **ولا شيء عليه** ؛ فإن قيل : فكيف لا شيءَ عليه ، وعبارتُهُ صريحةٌ في الضمان ، قلنا : مبنى الكلام على أنّه قال : بعْ عبدكَ من زيدٍ على أنّي ضامن سوى الألف ، فالضَّمانُ إذن غيرُ متعلّق بالثمن ، فلا شيءَ عليه من الثمن ، كذا في «مجمع الأنهر»(١).

[٤]قوله : **إلى أجل معلوم** ؛ ولو أجّله إلى أجلٍ مجهول ، فإن كانت جهالتُهُ متفاحشةً كنُزولِ المطر ، وهبوبِ الريحِ لا يجوزُ ذلك التَّأجيل ، وإن كانت متقاربةً

---

(١) «مجمع الأنهر»(٢ : ٨٢).

صحَّ إلا القرضَ

صحَّ[1] إلا القرضَ[2]): فإنَّه يصيرُ بالأجل بيعُ الدَّراهمِ بالدَّراهمِ نسيئةً، فلا يجوزُ[3]؛ لأنَّه يصيرُ رباً؛ لأنَّ النقدَ خيرٌ من النَّسيئة.

كحصاد الزرعِ ونحوه يجوز، كما جازَ ذلك في الكفالة.

[١]قوله: صحّ؛ أي ذلك التأجيل، وإن كان حالاً في الأصل؛ لأنَّ المطالبةَ حقُّه فله أن يؤخِّرَ سواءٌ كان ثمنُ مبيعٍ أو غيره تيسيراً على مَن له عليه، ألا ترى أنّه يملكُ إبراءَ الثمنِ عمَّن عليه مطلقاً، فكذا يملكُ البراءةَ المؤقّتةَ إلى أجلٍ ولا بدَّ من قبولِهِ ممَّن عليه الدين، فلو لم يقبلْه بطلَ التأخير، فيكون حالاً، ويصحُّ تعليقُ التأجيلِ بالشَّرط، لما في «البحر»(١).

[٢]قوله: إلا القرض؛ استثناءٌ من قوله: صحّ؛ أي لا يصحُّ تأجيلُهُ لكونِهِ إعارةٌ وصلةٌ ابتداءً ومعاوضةٌ انتهاءً، فعلى الاعتبارِ الأوّل لا يلزمُ التأجيلُ فيه، كما في الإعارة، إذ لو لزمَ الأجلُ لصارَ جبراً على المشتري، وهو المكثُ عن المطالبة بمضيّ الأجل، ولا جبرَ في التبرُّع.

وعلى الاعتبارِ الثاني: لا يصحّ؛ لأنّه يصيرُ بيعُ الدَّراهمِ بالدراهمِ نسيئة، فلا يجوز؛ لكونِهِ ربا؛ لأنَّ النقدَ خيرٌ من النسيئة، وهو ظاهر، وهذا يقتضي فسادَ القرض، لكن ندبَ الشرعُ إليه، وأجمعَ الأمّةُ على جوازِهِ لكثرةِ الحاجةِ إليه، ولا يذهبُ عليك أنّ ما ذكرَ الشارحُ ﷺ من الدليل هو باعتبارِ آخر الاعتبارين، وتمامُهُ ما ذكرناه، فتدبّر.

[٣]قوله: فلا يجوز؛ نعم إذا أوصى أن يقرضَ من مالِهِ فلاناً إلى سنته يجوز من الثلث، ويلزمُ التأجيل، ولا يطالبُ حتى تمضي المدّة؛ لأنّه وصيةٌ بالتبرّع، والوصيةُ يتسامحُ فيها نظراً للموصى، ألا ترى أنّها تجوزُ بالخدمةِ والسكنى، فتلزم حقاً للموصى.

---

(١) «البحر الرائق»(٦: ١٣٢).

باب الربا

هو فضلٌ خالٍ عن عوضٍ شُرِطَ لأحدِ العاقدينِ

باب الربا[1]

(هو فضلٌ[2] خالٍ عن عوضٍ شُرِطَ لأحدِ[3] العاقدينِ

[1]قوله: باب الربا؛ وجهُ مناسبته لما تقدَّم من بابِ المرابحةِ ظاهر، وهو أنَّ في كلٍّ من المرابحةِ والربا زيادة، إلاَّ أنَّ تلك الزيادة حلال، وهذه حرام، والجهلُ هو الأصلُ في الأشياء، فقدَّم ما يتعلَّقُ بتلك الزيادةِ على ما يتعلَّقُ بهذه.

والرِّبا - بكسر الراءِ المهملة، والقصرُ اسمٌ من الرَّبو بالفتح، والسكون، فلامه واو - ، ولذا قيل في النسبة: ربويّ، وفتحها خطأ، ومنه الأشياءُ الربويّة.

قال في «المصباح المنير»(1): الرِّبا: الفضلُ والزيادة، وهو مقصورٌ على الأشهر، ويثنَّى: ربوان، بالواو على الأصل، وقد يقال: ربيان على التخفيف، وينسبُ إليه على لفظِهِ فيقال: ربويّ، قاله أبو عبيدة ﷺ وغيره، وزاد المُطَرِّزيّ ﷺ(2)، فقال: الفتحُ في النسبةِ خطأ. انتهى.

وقياسُهُ أن يكتبَ بالألفِ كما تقرَّر في علمِ الخطِّ أنَّ الألفَ الثالثةَ إن كانت عن واو يكتبُ بالألف، وقد جرت العادةُ بأن يكتبَ بالواوِ بعدها ألف تشبهاً بواوِ الجمع، وإنّما هو خطُّ المصحف، ذكره العلاَّمة البِرْجَنْدِي ﷺ.

[2]قوله: هو فضل...الخ؛ لَمَّا كان الربا في اللّغة: الفضلُ والزيادة، يقال: ربى المالَ أي زاد، والظاهرُ أنّه ليس المرادُ مطلقُ الفضلِ والزيادةِ بالإجماع؛ لأنَّ الأسواقَ في بلادِ المسلمين إنّما فتحت للاستفضالِ والاسترباح، بل المرادُ منه فضلٌ مخصوص، فعرَّفه المصنِّفُ ﷺ بقوله: هو فضلٌ خالٍ... الخ.

[3]قوله: لأحدِ العاقدين؛ أي البائعين والمقرضَين أو الراهنين، وفي «الإصلاح»(3): لأحدِ البدلين، ولم يقل: لأحدِ العاقدين؛ لأنَّ العاقدَ قد يكون وكيلاً وقد يكون فضولياً، والمعتبر كونُ الفضلِ للبائعِ والمشتري. انتهى. لكنَّ عقدَ الوكيلِ لَمّا

---

(1) «المصباح المنير»(ص٢١٧).

(2) في «المغرب»(ص١٨٢).

(3) «الإصلاح»(ق٩٨/ب).

في المعاوضة)

في المعاوضة[١]) .
أي فضلُ أحدُ المتجانسينِ على الآخرِ بالمعيارِ الشَّرعي: أي الكيلُ، أو الوزنُ، ففضلُ قفيزي الشَّعير على قفيز بُرّ لا يكونُ من بابِ الرِّبا[٢]، وكذا فضلُ عشرةِ أذرعٍ من الثَّوبِ الهروي على خمسةِ أذرعٍ منه لا يكونُ من هذا الباب.
وإنَّما قال: خالٍ عن العوض؛ احترازاً عن بيعِ كُرِّ بُرٍّ وكُرِّ شعيرٍ بكري بُرّ وكري شعيرٍ، فإنَّ للثَّاني فضلاً على الأوَّلِ، لكن غيرُ خالٍ عن العوضِ لصرفِ الجنسِ إلى خلافِ الجنس.
وقال: شرط لأحدِ العاقدين؛ حتى لو شُرِطَ لغيرهما لا يكونُ من بابِ الرِّبا، وقال في المعاوضة: حتى لم يكن الفضلُ[٣] الخالي عن العوضِ الذي هو في الهبةِ رباً.

كان عقداً للموكّل، وعقدُ الفضوليِّ يتوقَّفُ على قبولِ المالك، فيصيرُ العاقدُ حقيقةَ الموكِّلُ أو المالك، فلا حاجةَ إلى التبديل.

[١]قوله: **في المعاوضة**؛ وإنّما لم يقل: في البيع، ليتناولَ الهبةَ بشرطِ العوض، فإنّ حكمها بعد القبضِ حكمُ البيع. كذا في «شرح النقاية» للبِرْجَنْدِيّ ﷺ.

[٢]قوله: **لا يكون من باب الربا**: قال العلاّمة الشاميّ(١): وهذا مبنيٌّ على ما حقّقناه من أنَّ البيوعَ الفاسدةَ ليست كلّها من الربا، بل ما فيه شرطٌ فاسدٌ فيه نفعٌ لأحدِ العاقدين، فافهم. انتهى.

[٣]قوله: **الفضل**؛ كما لو قال: وهبتك كذا بشرطِ أن تخدمني شهراً، فإنَّ هذا شرطٌ فاسدٌ لا تبطلُ الهبةُ به، كما تقرَّر في موضعه، وإن اشترى عشرةَ دراهمَ فضّة بعشرة دراهم، وزادَه دانقاً [إن] وهبه منه انعدمَ الربا، ولم يفسد الشراء، وهذا إن ضرَّها الكسر؛ لأنّها هبة مشاعٍ لا يقسّم، كذا في «المنح»(٢) نقلاً عن «الذخيرة» عن محمّد ﷺ.

---

(١) في «رد المحتار»(٤: ١٧٧).
(٢) «منح الغفار»(ق٢: ٥١/أ).

وعلّتُهُ القدرُ مع الجنسِ

(وعلّتُهُ[1] القدرُ مع الجنسِ): المرادُ بالقدرِ الكيلُ في المكيلاتِ، والوزنُ في الموزوناتِ.

وعند الشافعيّ ﷺ[2](1): الطّعمُ في المطعوماتِ، والثّمنيةُ في الأثمان

---

[1]قوله: وعلّتُهُ؛ لوجوبِ المماثلةِ التي يلزمُ عند فواتها الربا، أو علّة كونِ المال ربا أو علّة حرمةُ الفضلِ فلا يرد أنَّ بيعَ المكيلِ والموزونِ بجنسِهِ متماثلاً يصحُّ مع وجودِ العلّة: أعني القدرَ والجنس. كذا في «شرح البِرْجَنْدِيّ»، والعلّةُ في اللّغةِ المرض.

وفي اصطلاحِ الأصول: ما يضافُ إليه ثبوتُ الحكمِ بلا واسطة، فخرجَ الشرطُ لأنّه لا يضافُ إليه ثبوتُه، والسببُ والعلامةُ وعلّةُ العلّة؛ لأنّها بالواسطة، كذا في «المنح»(2).

القدرُ مع الجنس: وهذا أشملُ من قولِ بعضهم: هو الكيلُ مع الجنسِ أو الوزنِ مع الجنس؛ لأنّه يتناولهما، والقدرُ لغة: كونُ الشيءِ مساوياً لغيرِهِ بلا زيادةٍ ولا نقصان، وشرعاً: التساوي في المعيارِ الشرعيِّ الموجبِ للمماثلةِ الصورية، وهو: الكيلُ والوزنُ، والمرادُ بالجنسِ اتّحادُهُ في العوضين، فالعلّةُ مجموعُ الوصفين عندنا.

[2]قوله: وعند الشافعي ﷺ الطعم...الخ؛ وبه قال أحمد ﷺ في رواية؛ لما روى مسلمٌ من حديثِ معمر بن عبد الله أنَّ النبيَّ ﷺ قال: «الطعام مثلاً بمثل، وكان طعامنا يومئذٍ الشعير»(3)، وجهُ الدلالةِ أنَّ الطعامَ مشتقٌّ من الطعم، ومتى ترتَّبَ الحكمُ على اسمٍ مشتقٍ كان مأخذُ الاشتقاقِ علّة له.

ولنا ما روى مسلم عن أبي سعيدٍ الخدريّ ﷺ قال: قال رسولُ الله ﷺ: «الذهبُ بالذهب، والفضّة بالفضّة، والبرُّ بالبرّ، والشعيرُ بالشعير، والتمرُ بالتمر، والملحُ بالملح، مثلاً بمثل، يداً بيد، فمَن زادَ أو استزاد فقد أربى الآخذُ والمعطي سواءً»(4).

ووجهُ الدلالةِ أنّه ﷺ أوجبَ المماثلةَ في الجنسِ الواحدِ تتميماً للفائدةِ في حقّ

---

(1) ينظر: «المنهاج» وشرحه «المغني»(٢: ٢٢)، و«التنبيه»(ص٦٤)، وغيرها.

(2) «منح الغفار»(ق٢: ٥١/ب).

(3) في «صحيح مسلم»(٣: ١٢١٤)، وغيره.

(4) في «صحيح مسلم»(٣: ١٢١١)، وغيره.

....

والجنسيّةُ[1] شرطٌ، والمساواتُ مخلصٌ، والأصلُ الحرمة.

العاقدين، إذ لو كان أحد العوضين أقلُّ من الآخرِ لكانت الفائدةُ تامَّةً لأخذِ العاقدين دون الآخر، والمماثلةُ باعتبارِ الصورة: القدر، وباعتبارِ المعنى: الجنس.

وما روي عن عبادةَ وأنس رضي الله عنهما: إنَّ النبيَّ ﷺ قال: «ما وزنَ مثلاً بمثلٍ إذا كان نوعاً واحداً، وما كيلَ فمثلُ ذلك، فإذا اختلفَ النوعانِ فلا بأسَ به»(١)، رواه الدَّارَقُطْنِيّ، فرتَّبَ الحكمَ على الجنس والقدر.

وهذا نصٌّ على أنهما علَّةُ الحكمِ لما عرفتَ آنفاً من أنَّ ترتُّبَ الحكمِ على الاسمِ المشتقّ ينبئ عن علّيّة مأخذ الاشتقاق لذلك الحكم، فيكون تقديرُهُ المكيلُ والموزونُ مثلاً بمثلٍ بسببِ الكيلِ أو الوزنِ مع الجنس، وأيضاً شرطَ رسولُ الله ﷺ التماثلَ بقوله: مثلاً بمثل، والتماثلُ يكونُ بالوزنِ أو الكيلِ لا غير.

فعلم بذلك أنَّ ما لا يكالُ ولا يوزنُ لا يكون من الأموالِ الربويّة، ولهذا قالوا: لا يجري الرّبا فيما لا يدخلُ تحت المعيارِ الشرعيّ كالحبةِ من الحنطةِ والشعير، وكالذرَّةِ من الذهبِ والفضّة، كذا صرَّحَ به العلامة العَيْنِيُّ وغيرُهُ من الفقهاءِ والعلماءِ الأعلام، أدخلهم الله تعالى دار السلام، وأبد فيوضهم إلى يوم القيام.

[١]قوله: والجنسية؛ شرطٌ لعملِ العلّة عملها حتى لا تعملَ علته، وهي الطعم في المطعومات، والثمنيّة في الأثمانِ عنده إلا عند وجودِ الجنسيّة، ولا أثرَ للجنسيّةِ بانفرادها عنده، كذا في «الكفاية»(٢).

وفائدةُ كونِ الجنسيِّةِ شرطاً وأحد وصفي العلَّةِ عندنا إنّما يظهرُ فيما إذا وجدت الجنسيّة في غيرِ الأموالِ الربويّة، هل يحرمُ النسأ كما لو أسلم ثوباً هرويًّا في هرويّ لا يجوزُ عندنا؛ لوجودِ أحد وصفي العلّة، فيثبتُ الحكم، وذلك حرمةُ النسأ، وعنده: يجوز؛ لأنَّ الجنسيَّةَ شرط، وإنَّما تعملُ العلّةُ عند وجودِ شرطها، لا أنَّ الشرطَ يعملُ شيئاً من العملِ عند عدم العلّة، كذا في «النهاية».

---

(١) في «سنن الدارقطني»(٣: ١٨)، وغيرها.

(٢) «الكفاية»(٦: ١٤٨).

فحرم بيعُ الكيلي والوزني بجنسِهِ متفاضلاً ولو غيرَ مطعومٍ: كالجصِّ، والحديد، وحلَّ مُتماثلاً، وبلا معيارٍ كحفنةٍ بحفنتينِ، وبيضةٍ ببيضتينِ، وتمرةٍ بتمرتين

وعند مالكٍ(١) رضي الله عنه: علتُهُ الطَّعْمُ والادِّخار[١].

(**فحرم**[٢] **بيعُ الكيلي والوزني بجنسِهِ متفاضلاً**[٣] **ولو غيرَ مطعومٍ: كالجصِّ، والحديد**)، الجصُّ من المكيلات، والحديدُ من الموزونات، وفيهما خلافُ الشَّافِعِيِّ(٢) ومالك(٣) رضي الله عنهم بناءً على ما ذَكَرْنا[٤] من العلَّةِ.

(**وحلَّ مُتماثلاً**): أي البيعُ في الأشياءِ المذكورةِ.

(**وبلا معيارٍ**): أي حلَّ البيعُ مُتفاضلاً فيما لا يدخلُ في المعيار، (**كحفنةٍ**[٥] **بحفنتينِ، وبيضةٍ ببيضتينِ، وتمرةٍ بتمرتين**)

[١]قوله: **علّته الطّعم والإدّخار**؛ لأنه ﷺ خصَّ بالذكرِ كلَّ مقتاتٍ ومدخر.

[٢]قوله: **فحرم**؛ تفريعٌ على كونِ القدرِ والجنسِ علَّةُ تحريمِ الفضل.

[٣]قوله: **متفاضلاً**؛ فوجهُ حرمةُ البيعِ في صورةِ التفاضلِ وجود الرِّبا في ذلك، وكذا يحرمُ ذلك البيعُ نسيئةً لشبهِ الفضل، إذ النقدُ خيرٌ من النسأ.

[٤]قوله: **على ما ذكرنا**؛ فيجوزُ ذلك البيعُ عند الشافعيِّ رضي الله عنه لعدمِ علَّةِ الربا، وهي الطعم، والثمنيّة، وعند مالك رضي الله عنه: لعدمِ الطعمِ والادخار.

[٥]قوله: **كحفنة**...الخ؛ مثالُ الأشياءِ التي يجوزُ بيعُها متماثلاً، ووجهُ الجوازِ فيها لانتفاءِ جريانِ الكيل، وما دونَ نصف صاع؛ لأنه لا تقديرَ للشرعِ بما دونه، ولما كان الحفنةُ والحفنتينِ لا تدخلُ تحتَ المعيارِ الشرعيّ كان مضموناً بالقيمةِ عند الإتلاف، وأمّا إذا كان أحد البدلين يبلغُ حدَّ نصفِ الصَّاعِ أو أكثر، والآخر لم يبلغه، فلا يجوز، كذا في «العناية»(٤).

---

(١) ينظر: «مختصر خليل»(ص١٥٩)، و«التاج والإكليل»(٦: ١٩٧)، و«شرح الخرشي»(٥: ٥٧)، وغيرها.

(٢) ينظر: «الأم»(٣: ١٥)، و«المحلي»(٢: ٢٠٩ - ٢١٠)، وغيرهما

(٣) ينظر: «المدونة»(٣: ١٦٠)، وغيرها.

(٤) «العناية»(٦: ١٥٢).

....

وعند الشَّافِعِيّ[(١)] ﷺ لا يحلُّ بيعُ المطعوماتِ حفنة بحفنتين بناءً على ما ذَكَرْنا من العلَّة، وبناءً على أن الأصلَ عندنا الحلُّ، وعنده الحرمةُ، فعندنا ما يدخلُ في الكيلِ يَثْبُتُ فيه الحرمة، وما لا يدخلُ فيه يَبْقَى على أصلِه، وهو الحلُّ، وعند الشَّافِعِيِّ ﷺ الأصلُ هو الحرمة، والمساواةُ مخلصٌ فيما لا يَدْخُلُ في المسوى الشَّرعي، وهو الكيلُ يبقى على الأصلِ، وهو الحرمةُ، وإنَّما[١] جعلَ الحرمةَ أصلاً؛ لقولِهِ ﷺ: «لا تبيعوا الطَّعامَ بالطَّعامِ إلاَّ سواءً بسواءٍ»[(٢)] فما لا يكونُ مساوياً كان حراماً.

قلنا[٢]: المعنى لا تبيعوا الطَّعامَ الذي يدخلُ في المسوى الشَّرعي إلا سواءً بسواءٍ

والحاصلُ أنَّ ما لا يدخل تحتَ المعيارِ إمّا لقلَّةٍ كالحفنةِ والحفنتين، والتَّمرةِ والتَّمرتين، وإمَّا لكونِهِ عدديّاً لا يباعُ بالمعيار الشرعيِّ كالبيضةِ والبيضتين، والجوزةِ والجوزتين يحلُّ البيعُ متفاضلاً؛ لعدمِ جريانِ القدرِ والمعيار، فلا يوجدُ المساواة، فلم يتميّز الفضلُ وبقيَ على الأصل، وهو الحلُّ عندنا.

خلافاً للشافعيِّ ﷺ؛ لوجودِ علَّةِ الحرمةِ وهي الطّعمُ مع عدمِ المخلص، وهو المساواة، فيحرم، لأنَّ الأصلَ عنده الحرمة، والحفنة: دومشت از طعام وجزآن، ومنه يقال: نحن حفنةٌ من حفناتِ الله تعالى؛ أي يسير بالإضافةِ إلى رحمتِهِ وملكه، كذا في «الصراح»، وفي «النهاية»: الحفنة: ملءُ الكفّ.

[١]قوله: وإنّما...الخ؛ حاصلُهُ: إنَّ الشافعيَّ ﷺ إنّما جعلَ الحرمةَ أصلاً؛ لأنّه ﷺ: «نهى عن بيعِ الطّعامِ بالطّعام»[(٣)]، واستثنى منه ما يكونُ مساوياً، فعلم أنَّ بيعَ الطّعامِ بالطّعامِ منهيٌّ عنه وحرام إلاَّ ما يكون بالتساوي، فما لا يكون مساوياً يبقى حرام.

[٢]قوله: قلنا...الخ؛ حاصلُهُ: إنَّ المرادَ من الطعام في قوله ﷺ: «لا تبيعوا...الخ» ليس مطلقاً، وأعمُّ من أن يكون قليلاً أو كثيراً، بل الطعامُ الذي يدخلُ تحت المعيارِ

---

(١) ينظر: «المنهاج» وشرحه «مغني المحتاج»(٢: ٢٢).

(٢) في «صحيح البخاري»(٢: ٧٦١)، و«صحيح مسلم»(٣: ١٢١٤)، ولفظة: «الطعام بالطعام» مذكورة عند مسلم.

(٣) في «صحيح مسلم»(٣: ١٢١٤)، وغيره.

فإن وُجِدَ الوصفان حَرُمَ الفضلُ والنَّساء، وإن عُدِما حلاَّ، وإن وُجِدَ أحدُهما لا الآخر حلَّ التفاضُلُ لا النَّسأُ ... كسلمِ هرويٍّ في هرويٍّ وبُرٍّ في شعيرٍ

كما إذا قيل: لا تقتلوا الحيوانَ إلا بالسِّكينِ يكونُ المرادُ الحيوانُ الذي يُمْكِنُ قتلُهُ بالسِّكينِ لا القملُ والبرغوث.

(فإن وُجِدَ الوصفان حَرُمَ الفضلُ والنَّساء، وإن عُدِما حلاَّ، وإن وُجِدَ أحدُهما لا الآخر حلَّ التفاضُلُ لا النَّسأُ ... كسلمِ هرويٍّ في هرويٍّ وبُرٍّ في شعيرٍ): أي إن وُجِدَ[1] القدرُ والجنسُ حَرُمَ الفضلُ كقفيزِ بُرٍّ بقفيزينِ منه، والنَّساءُ وإن كان مع التَّساوي كقفيزِ بُرٍّ بقفيزِ بُرٍّ أحدُهما أو كلاهما نسيئة.

وإن عُدِمَ كُلٌّ منهما حلَّ كلُّ واحدٍ من الفضلِ والنَّساء.

وإن وُجِدَ أحدُهما لا الآخرُ حلَّ الفضلُ لا النَّساء، كما إذا باعَ قفيزَ حنطةٍ بقَفِيزَي شعيرٍ يداً بيدٍ حلّ، فإن أحدَ جُزأي العلَّة وهو الكيلُ موجودٌ هاهنا لا الجزءُ الآخرُ، وهو الجنسيَّةُ، وإن بيعَ خمسةُ أذرعٍ من الثَّوبِ الهَرَويِّ بستّةِ أذرعٍ منه يداً بيدٍ حلَّ أيضاً؛ لأنَّ الجنسيةَ موجودةٌ دون القدرِ ولا يجوزُ النَّسيئةُ في الصُّورتَيْنِ مع التَّساوي أوَّلا معه؛ وذلك لأن جُزْءَ العلَّةِ وإن كان لا يُوجِبُ الحكمَ لكنَّهُ يورثُ الشُّبهة، والشُّبهةُ في بابِ الرِّبا مُلْحَقةٌ بالحقيقة، لكنَّها أدون من الحقيقةِ فلا بُدَّ من اعتبارِ الطَّرفين.

الشرعي، فما نحنُ فيه خارجٌ عن هذا القول، وهذا كما يقال: لا تقتل الحيوانَ إلاَّ بالسكين.

فليس المرادُ في هذه المقولةِ مطلقاً، وأعمُّ من أن يصلحَ الحيوانُ مقتولاً بالسِّكينِ أو لا حتى يشملَ القملَ والبرغوثَ ونحوهما، بل المرادُ ما يمكن قتلُهُ بالسكين، فكذا هاهنا، وفيه مباحث تركناها؛ لغرابةِ المقامِ وطوالةِ الكلام.

[1]قوله: **أي إن وجد... الخ**؛ توضيحُهُ أنّه لَمّا ثبتَ أنَّ العلَّةَ شيئان، فلا يخلو:
١. إمَّا أن يوجدا معاً.
٢. أو يفقدا معاً.
٣. أو وجدَ أحدهما دونَ الآخر.

....

ففي النَّسيئةِ أحدُ البدلينِ معدوم، وبيعُ المعدومِ غيرُ جائز، فصارَ هذا المعنى مُرجِّحاً لتلك الشُّبهة فلا يحلّ، وفي غير النَّسيئةِ لم يعتبر الشُّبهَةُ لما قلنا أن الشُّبهةَ أدونُ من الحقيقة، على أن الخبرَ المشهور[1]

١. أمّا إذا وجدا معاً فحرمَ الفضلُ: كما إذا باعَ قفيزَ بُرّ بقفيزينِ منه، فحرمُ النَّساءُ أيضاً ولو مع التساوي، كما إذا باع قفيزَّ برّ بقفيزِ منه، وأحدهما أو كلاهما نسيئة، وتحقيقُه مرَّ سابقاً.

٢. وأما إذا فقدَا حَلَّ الفضلُ والنَّساءُ: كما إذا باع ثوباً هَرَوِيًّاً بثوبَين مرويين نسيئةَ، فهذا البيعُ جائزٌ لعدمِ العلَّة؛ فإنَّ عدمَ العلَّةِ وإن كان لا يوجبُ الحكم، لكن إذا اتّحدت العلَّةُ لزمَ من عدمها العدم، لا بمعنى أنّها تؤثرُ العدم، بل لا يثبتُ الوجود؛ لعدمِ علَّتِه فيبقى عدمُ الحكم وهو عدمُ الحرمةِ فيما نحن فيه على عدمِهِ الأصلي، وإذا عدمَ سببُ الحرمة، والأصلُ في البيعِ مطلقاً الإباحةُ إلاَّ ما أخرجَهُ الدليلُ كانَ الثابتّ الحلّ، كذا في «الفتح»(١).

٣. وإن وجدَ أحدُهما دون الآخرَ كما إذا باع الحنطةَ بالشعير، أو باع ثوباً هرويّاً بهرويّ حلَّ الفضلُ وحرمَ النَّساءُ؛ لأنَّ اجتماعَ القدرِ والجنسِ حقيقةُ العلَّة، فيكون لأحدهما شبهةُ العلَّة، فيحرمُ بحقيقةِ العلَّة حقيقةُ الفضل، وهو بالقدر؛ لأنّه تفاضلٌ حقيقةً.

ويحرمُ بشبهةِ العلَّةِ شبهةُ الفضل، وهو النَّساء؛ لأنّه يشبه الفضلَ وليس بتفاضلٍ حقيقة إعمالاً للدَّليلِ بقدرة، لا يقال: أحدهما جزءُ العلّة، وبه لا يثبتُ الحكم، ولا شيءَ منه، فكيف يثبتُ بأحدِهما حرمةُ النَّساء؛ لأنّا نقول: أحدُهما علَّةٌ تامَّةٌ لهذا الحكم، وهو حرمةُ النَّساء، وإن كان بعضُ العلّة في حقّ ربا الفضل حقيقةً، فلا يلزمُ المحذور، كذا في «حاشية الدرّ المختار»(٢) للعلامة الطَّحْطَاويّ نقلاً عن الحَلَبيّ ﷺ.

[١]قوله: **على أنّ الخبرَ المشهور**؛ ظاهرُهُ يدلُّ على أنّه وجهٌ للمسألتين، لكنَّ هذا الحديثَ يوافقُ ما إذا باعَ قفيزَ بُرّ بقفيزين من شعيرٍ يداً بيد، أمّا في الثوبِ الهَرَوِيّ فلا؛

(١) «فتح القدير»(٦: ١٥٣).

(٢) «حاشية الطحطاوي على الدر المختار»(٣: ١٠٨).

....

وهو قوله ﷺ: «إذا اختلفَ النَّوعانِ فبيعوا كيف شئتُم بعد أن يكونَ يداً بيدٍ»[١] يُؤيِّدُ ما قلنا.

وعند الشَّافِعِيِّ[٢] ﷺ الجنسُ بانفرادِهِ[١] لا يُحَرِّمُ النَّسأ[٢].

لاتِّحادِ الجنسِ فيه، فافهم.

[١]قوله: الجنسُ بانفراده؛ قال في «النهاية»: ليس للتَّخصيصِ فائدة؛ فإنّه كذلك الكيلُ والوزن، وحاصلُهُ: أن وجودَ أحدِ وصفي الربا لا يحرِّمُ النَّساءَ عنده، فهو ينكرُ حرمةَ النَّساء.

[٢]قوله: لا يُحرِّم النساء؛ لأنَّ بالنقديَّةِ وعدمِها لا يثبتُ إلا شبهةُ الفضل، وحقيقةُ الفضلِ غيرُ مانعٍ فيه؛ أي في الجنسينِ يجوزُ بيعُ الثوبِ الهرويِّ الواحدِ بالاثنين، فالشبهةُ أولى أن لا يكون مانعاً.

ولنا: أنّه مالُ الرّبا من وجه نظراً إلى القدرِ وحده، كما في الحنطةِ مع الشعير، أو الجنسِ وحدَه كالثوبِ الهرويِّ مع الثوبِ الهرويّ، والنقديةُ أوجبت فضلاً في الماليَّة فتحقَّقَ شبهةُ الربا في محلٍّ صالحٍ لعلَّةٍ صالحة لها.

والشبهةُ مانعةٌ عن الجواز كالحقيقة، حتى فسدَ البيعُ مجازفةً؛ لاحتمال الربا؛ وهذا لأنَّ كلَّ حكمٍ تعلَّقَ بوصفين مؤثِّرين لا يتمُّ نصابُ العلَّةِ إلاَّ بهما، فلكلِّ واحدٍ منهما شبهةُ العليّة، فيثبتُ بشبهةِ العليَّةِ شبهةُ الفضل، كما يثبتُ بحقيقتِها حقيقته، هذا ما لخّصته من «الهداية»[٣] و«الكفاية»[٤]، وغيرهما.

---

(١) ورد بلفظ قريب منه من حديث عبادة بن الصامت ﷺ قال قال رسول الله ﷺ: «الذهب بالذهب والفضة بالفضة والبر بالبر والشعير بالشعير والتمر بالتمر والملح بالملح مثلاً بمثل سواءً بسواء يداً بيد، فإذا اختلفت هذه الأصناف فبيعوا كيف شئتم إذا كان يداً بيد» في «صحيح مسلم»(٣: ١٢١١)، و«سنن أبي داود»(٣: ٢٤٨)، وغيرهما، ووردت لفظة: «اختلف النوعان» في «المعجم الكبير»(١: ٣١٩)، و«الآثار»(١: ١٨٧). وينظر: «نصب الراية» (٤: ٤)، و«الدراية»(٢: ١٤٧)، وغيرهما.

(٢) ينظر: «تحفة المحتاج»(٤: ٢٧٣)، و«نهاية المحتاج»(٣: ٤٢٤)، و«فتوحات الوهاب» (٣: ٤٥)، وغيرها.

(٣) «الهداية»(٣: ٦٢).

(٤) «الكفاية»(٦: ١٥٤ - ١٥٥).

والشَّعيرُ، والبُرُّ، والتَّمرُ، والملحُ كيليٌّ، والذَّهبُ، والفضةُ وزنيٌّ أبداً، وإن تُركا فيها ويحمل في غيرِها على العُرْف

(والشَّعيرُ، والبُرُّ، والتَّمرُ، والملحُ كيليٌّ، والذَّهبُ، والفضةُ وزنيٌّ أبداً، وإن تُركا فيها): أي وإن تُركَ الكيلُ في الأربعةِ المتقدِّمةِ، والوزنُ في الآخرين؛ لقولِهِ ﷺ[١]: «الحنطةُ بالحنطةِ»(١) الحديث، **(ويُحْمَلُ في غيرِها[٢] على العُرْف**

[١]قوله: **لقولِهِ** ﷺ؛ حاصلُ الاستدلالِ أنَّ النبيَّ ﷺ نصَّ على تحريمِ التفاضلِ في الأربعةِ المتقدِّمةِ كيلاً، وفي الآخرين وزناً، والنصُّ أقوى من العرف؛ لأنَّ العرفَ جازَ أن يكون على باطل؛ كتعارفِ أهل زماننا في إخراجِ الشموعِ والسرجِ إلى المقابرِ في ليالي العيدِ حجيّة.

والنصُّ بعد ثبوتِهِ لا يحتمل أن يكون على باطل؛ ولأنَّ العرفَ على الذين تعارفوه والتزموه فقط، والنصُّ حجَّةٌ على الكلِّ فهو أقوى؛ ولأنَّ العرفَ صار حجَّةً بالنصّ، وهو قوله ﷺ: «ما رآه المسلمونَ حسناً فهو عند الله حسن»(٢)، كذا في «الفتح»(٣).

والأقوى لا يتركُ بالأدنى، فكلُّ ما نصَّ على تحريمِ التفاضلِ فيه كيلاً فهو كيليٌّ دائماً، وإن تركَ الناسُ الكيلَ فيه كالشعيرِ والبُرّ والتمرِ والملح، وكل ما نصَّ على تحريمِ التفاضلِ فيه وزناً فهو موزونٌ دائماً، وإن تركَ الناسُ الوزنَ فيه كالذهبِ والفضة.

[٢]قوله: **ويحملُ في غيرها**...الخ؛ يعني ما لا نصَّ في كونِهِ كيليّاً أو وزنيّاً يحملُ

---

(١) من حديث عبادة بن الصامت وأبي سعيد الخدري وبلال ﷺ، قال رسول الله ﷺ: «الذهب بالذهب والفضة بالفضة والبر بالبر والشعير بالشعير والتمر بالتمر والملح بالملح مثلاً بمثل سواء بسواء يداً بيد، فإذا اختلفت هذه الأصناف فبيعوا كيف شئتم إذا كان يداً بيد» في «صحيح البخاري»(٢: ٧٥٠)، و«صحيح مسلم»(١٢١١)، واللفظ له، وغيرهما، ولفظ: «الحنطة بالحنطة» في «مسند أحمد»(٢: ٢٣٢)، و«مسند أبي يعلى»(١١: ٣١)، و«شرح معاني الآثار»(٤: ٤)، وينظر: «نصب الراية»(٤: ٣٥)، و«الدراية»(٢: ١٥٦)، وغيرهما.

(٢) في «مسند أحمد» (١: ٣٧٩)، و«مستدرك الحاكم» (٣: ٨٣)، وقال: هذا حديث صحيح الإسناد ولم يخرجاه، و«المعجم الكبير» (٩: ١١٢)، و«مسند أبي داود الطَّيالسي» (ص٣٣)، و«فضائل الصحابة» (١: ٣٦٧)، وغيرها.

(٣) «فتح القدير»(٦: ١٥٧).

فلم يَجُزْ بيعُ البُرِّ بالبُرِّ متساوياً وزناً، والذَّهبُ بجنسِهِ متساوياً كيلاً كما لم يجزْ مجازفةً.

فلم يَجُزْ[1] بيعُ البُرِّ بالبُرِّ متساوياً وزناً، والذَّهبُ بجنسِهِ متساوياً كيلاً كما لم يجزْ مجازفة

على العرفِ وعاداتِ الناسِ كغيرِ السِّتَّةِ المذكورة؛ لأنَّ عادةَ الناسِ دالَّةٌ على جوازِ الحكمِ فيما وقعتْ عليه عادتُهم، لقوله ﷺ: «ما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن». كذا في «النهاية».

وعن أبي يوسفَ ﷺ: إنّه يعتبرُ العرف على خلافِ المنصوصِ عليه، أيضاً أنَّ النصَّ بالكيلِ في المكيل، وبالوزنِ في الموزون في ذلك الوقت، إنّما كان لمكانِ العادة، فكانت العادةُ هي المنظورةُ إليها وقد تبدَّلت.

والجواب عنه: إنَّ تقريرَ رسولَ الله ﷺ إيَّاهم على ما تعارفوا في ذلك بمنْزلةِ النصِّ منه، فلا يعتبرُ بالعرف؛ لأنّه لا يعارضُ النصّ، كذا في «الكفاية»[1].

[1]قوله: **فلم يجز**؛ تفريعٌ على كون الأربعةِ المذكورةِ من المكيلاتِ والآخرين من الموزونات، فلو باعَ البُرَّ بالبُرِّ متساوياً ووزناً، أو باعِ الذهبَ بالذهب متساوياً كيلاً لا يجوزُ عند الطَّرفين، وإن تعارفوا ذلك؛ لأنَّ شرطَ الجوازِ فيهما المماثلةُ في الكيلِ والوزن، ولم يعلم، فتوهّم الفضلُ على ما هو المعيارُ فيه، وهو الكيلُ في البُرّ، والوزنُ في الذهب.

إلاَّ أنّه يجوزُ الإسلامُ في البُرّ ونحوه وزناً؛ لوجودِ الإسلامِ في معلوم، فإنَّ المماثلةَ في الوزنِ ليست بمعتبرةٍ في السَّلَم، وإنّما المعتبرُ فيه هو الإعلامُ على وجهٍ ينفي المنازعةَ في التسليم، وذلك كما يحصلُ بالكيلِ يحصلُ بذكرِ الوزن، كذا صرَّح به العلاَّمةُ العَيْنِيُّ ﷺ[2].

وهذا روايةُ الطَّحاويّ ﷺ عن أصحابِنا، وروى الحسنُ ﷺ عن أصحابنا أنّه لا يجوز؛ لأنّه مكيلٌ بالنص، والفتوى على الأوّلِ لعادةِ الناس. كذا في «الكفاية»[3]، وغيرها.

---

(١) «الكفاية»(٦: ١٥٧ - ١٥٨).

(٢) في «البناية»(٦: ٥٤٢).

(٣) «الكفاية»(٦: ١٥٨).

واعتبرَ تعيينُ الرِّبا في غيرِ صرفٍ بلا شرطِ التقابضِ

واعتبرَ[١] **تعيينُ الرِّبا في غيرِ صرفٍ بلا شرطِ التقابضِ**)، المعتبرُ في بيعِ الأموالِ الرَّبويَّةِ أن يكونَ المبيعُ معيَّناً ، حتى لو لم يكن معيَّنا كان سَلَمَاً ، فلا بُدَّ فيه من شرائطه ، وإذا لم يُوجَدْ شرائطُ السَّلَمِ كان العقدُ بيعاً غيرَ سَلَم ، فلا بُدَّ من التَّعيين ، فلا يُشْتَرطُ التَّقابضُ في المجلسِ إن لم يكن صرفاً ، حتى لو كان صرفاً يشترطُ[٢].

[١]قوله: واعتبر...الخ؛ فإذا تبايعا كيليّاً بكيلّي، أو وزنيّاً بوزنيّ كلاهما من جنسٍ واحدٍ أو من جنسين مختلفين، فإنَّ البيعَ لا يجوزُ حتى يكون كلاهما عيناً أضيف إليه العقد، وهو حاضرٌ أو غائبٌ بعد أن يكون موجودا في ملكه قبل الافتراق بالأبدان ليس بشرط لجوازه إلا في الذهب والفضة.

ولو كان أحدُهما عيناً وأضيف إليه العقد والآخر ديناً موصوفاً في الذمّة، فإنّه ينظرُ إن جعلَ الدين منهما ثمناً، والعين مبيعاً جازَ البيعُ بشرط أن يتعيَّنَ الدينُ منهما قبل التفرُّقِ بالأبدان، وإن جعل الدينَ منهما مبيعاً لا يجوز وإن أحضره في المجلس، والذي ذكرَ فيه الباء ثمن، وما لم يدخل في الباء مبيع.

وبيانه: إذا قال: بعتك هذه الحنطة على أنّها قفيزٌ بقفيزِ حنطة جيدة، أو قال: بعتُ منك هذه الحنطةَ على أنها قفيزٌ بقفيز من شعيرٍ جيد، فالبيعُ جائز؛ لأنّه جعلَ العينَ منهما بيعاً، والدينُ الموصوفُ ثمناً، ولكن قبض الدين منهما قبل التّفرّق بالأبدان شرط؛ لأنَّ من شرطِ جوازِ هذا البيع أن يجعلَ عن عين بعين، وما كان ديناً لا يتعيَّنُ إلا بالقبض.

ولو قبضَ الدَّين منهما ثمَّ تفرَّقَ جاز البيع قبضَ العينَ منهما أو لم يقبض، ولو قال: اشتريتُ منك قفيزَ حنطةٍ جيِّدة بهذا القفيز من الحنطة، أو قال: اشتريتُ منك قفيزَ شعيرٍ جيدٍ بهذا القفيزِ من الحنطة، فإنّه لا يجوز، وإن أحضرَ الدينَ في المجلس؛ لأنّه جعلَ الدين مبيعاً، فصارَ بائعاً ما ليس عنده، وهو لا يجوز، كذا في «البحر الرائق»(١).

[٢]قوله: يشترط؛ أي التقابضُ في المجلس؛ لقوله ﷺ: «الذهبُ بالذهب رباً إلاّ

(١) «البحر الرائق»(٦: ١٤٢ - ١٤٣).

....

وعند الشَّافِعِيّ[(١)] ﷺ يشترطُ التَّقابضُ[١] في المجلسِ في بيع الطَّعامِ سواء[٢] بيعَ بجنسِهِ أو خلافِ جنسِه، هذا في الأموال الرِّبويَّة.

أمَّا في غيرِها إن لم يكن معيَّناً، فإن كان مِمَّا يجري فيه السَّلَمُ، فإن وُجِدَ فيه شرائطُ السَّلَمِ يصحُّ بشرائطِهِ بطريقِ السَّلَمِ، فان لم تُوجَدْ يَفْسُدُ البيعُ، وإن لم يَجْرِ فيه السَّلَمُ يفسُدُ البيعُ لعدمِ التَّعيين.

هاء وهاء، والورقُ بالورق رباً إلاَّ هاء وهاء، والبُرُّ بالبُرِّ رباً إلا هاء وهاء»[(٢)]، رواهُ ابنُ أبي شَيْبة، ذكرَهُ العلاَّمةُ الزَّيْلَعِيُّ ﷺ في «تخريجِ الهداية»[(٣)].

وهاء مبنيٌّ على الفتحِ بمعنى: خذ. يقولُ كلُّ واحدٍ من البائعِ والمشتري: هاء فيتقابضان، فمعناه يداً بيدٍ قبل تفرُّقِ الأبدان.

[١]قوله: **يشترطُ التقابض**...الخ؛ لأنَّ قوله ﷺ: «يداً بيدٍ»[(٤)] في الحديث المشهورِ المتلقَّى بالقبول، يرادُ به القبضُ كناية، فكونُ اليد آلةٌ للقبض؛ ولأنّه إذا لم يتقابضا فقد يتعاقب القبضان، وظاهرٌ أنّ للنقدِ مزيَّةً على غيرِه فيثبتُ شبهةُ الربا، والشبهةُ كالحقيقةِ في باب الربا، وهذا قولُ مالكٍ وأحمد ﷺ أيضاً.

ولنا: إنَّ كلاً منهما مبيعٌ متعيِّن، فلا يشترطُ قبضُهُ كما إذا باعَ ثوباً معيَّناً بثوبٍ معيَّن، بخلافِ الصرف، فإنّه لا يتعيَّنُ فيه إلا بالقبض، وأمّا قوله ﷺ: «يداً بيد»، فمعناه عيناً بعين، إذ اليد آلة التعيين، كما هو آلةُ القبضِ فحمله على التعيين أولى، لِمَا روى عبادةُ بن الصامتِ ﷺ: «عيناً بعين»[(٥)].

وأمّا تعاقبُ القبضِ فالتجَّارُ لا يفصلون في الماليَّة بين المقبوضِ في المجلسِ وغير المقبوضِ بعد أن يكون حالاً بخلافِ الحالِّ والمؤجَّل، فإنّهم يفصلون فيهما، هذا محصّل ما قالوا في هذا المقام.

[٢]قوله: **سواء**... الخ؛ فإنّ بيعَ كرّ برّ بكرٍّ برّ، أو بكرّ شعيرٍ أو تمر، وافترقا من

---

(١) ينظر: «المنهاج» وشرحه «مغني المحتاج»(٢: ٢٢)، و«التنبيه»(ص٦٤)، وغيرهما.
(٢) في «مصنف ابن أبي شيبة»(٤: ٤٩٦).
(٣) «نصب الراية»(٤: ٣٨).
(٤) في «صحيح مسلم»(٣: ١٢١١)، وغيره.
(٥) في «صحيح مسلم»(٣: ١٢١٠)، وغيره.

وجازَ بيعُ الفلسِ بالفلسينِ بأعيانِهما، واللَّحمُ بالحيوان

(وجازَ بيعُ الفلسِ بالفلسينِ بأعيانِهما): خلافاً لمحمدٍ ، له[١] أنَّ الفلوسَ أثمانٌ فلا تتعيَّنُ بالتَّعيينِ فصارَ كما إذا كان بغيرِ أعيانِهما، وكبيعِ الدِّرهمِ بالدِّرهمين.

ولهما[٢]: أن ثمنيتَها بالاصطلاح، واصطلاحُ الغيرِ لا يكونُ حجَّةً على المتعاقدينِ، وهما أبطلا ثمنيَّتَها؛ لأنهما قصدا تصحيحَ العقد، ولا وجه له إلا بتعيِّنها وخروجِها عن الثَّمنية، لأنَّها إذا خرجتْ من الثَّمنيةِ تكونُ أعيانُها مطلوبةً لا ماليّتَها، فيمكنُ أن يُعْطي فلسينِ ويأخذَ فِلْساً طلباً لصورتِه.

(واللَّحمُ بالحيوان): خلافاً لمحمدٍ فإنَّ عنده إذا بيعَ الحيوانُ بلحمِ حيوانٍ من جنسِه[٣] لا يجوزُ البيع إلا إذا كان اللحم أكثرَ من لحمِ ذلك الحيوان

غير قبض، جاز عندنا وعند الشافعي .

[١]قوله: **له: إن**...الخ؛ حاصلُهُ أنَّ الفلوسَ أثمان ثمنيّتها ثبتت باتِّفاقِ النَّاسِ كلِّهم فلا تتعيّن بالتعيّن، ألا ترى أنّه إذا اشترى ثوباً بفلوسٍ معيَّنةٍ فهلكت قبل التَّسليمِ لا يبطلُ العقد، كما إذا اشترى بدراهمَ معيّنة أو دنانيرِ معيَّنة فهلكت.

ولَمّا لم تتعيَّن الفلوسُ فصار هذا البيعُ كما إذا باع فلساً بفلسين غير معيّن، أو درهماً بدرهمين، حيث لا يجوزُ البيعُ في هاتين الصورتين اتّفاقاً؛ لأنّه يؤدّي إلى الربّا فكذا ينبغي أن لا يجوز هاهنا.

[٢]قوله: **لهما**... الخ؛ حاصلُهُ: إنّ الفلوسَ غير أثمانٍ خلقة، بل الأصلُ فيها أن تكون مثمّنة؛ لكونِها من النحاس، وهو غير ثمن، والثمنيّةُ فيها إنّما حصلت باصطلاح الناس، والعاقدان لم يصطلحا عليه، فتبطل ثمنيّتُها قصداً لتصحيحِ العقد، إذ لا وجه للتَّصحيح إلا أن تكون معيَّنةً خارجةً عن الثمنيّة، واصطلاحُ الغيرِ لا يكون حجَّة عليهما، إذ لا ولايةَ للغيرِ عليهما، فلهما نقضُ ذلك الاصطلاحِ باصطلاحٍ آخر.

وإذا خرجت عن الثَّمنيَّةِ فعادت مثمّنة كما كانت، وتكون أعيانها مطلوبةً لا ماليّتها، فإنّ ماليّتها لا تكونُ إلا باعتبارِ الثمنيّة وهي زائلةٌ عنها باصطلاحهما، فيمكن أن يعطيَ فلسين، ويأخذَ فلساً واحداً طلباً لصورتِهِ لا باعتبارِ ماليّته.

[٣]قوله: **من جنسه**؛ وأمّا إذا كانا مختلفين، كما إذا باعَ لحمَ البقرِ بالشاةِ مثلاً

والدَّقيقُ بجنسِهِ كيلاً ، والرُّطبُ بالرُّطبِ وبالتَّمر

ليكونَ[١] الزَّائد في مقابلةِ السَّقْطِ ، وعندهما يجوزُ مطلقاً ؛ لأنَّه بيعُ[٢] الموزونِ بما ليس بموزون.

(والدَّقيقُ بجنسِهِ[٣] كيلاً ، والرُّطبُ بالرُّطبِ وبالتَّمر) : هذا عند أبي حنيفةَ ﷺ

فيجوزُ بالاتّفاقِ من غير اعتبارِ القلَّةِ والكثرةِ كما صرَّحوا به.

[١]قوله : **ليكون**...الخ ؛ يعني ليكون اللّحمُ بمقابلةِ ما في الحيوان من اللّحم ، والباقي بمقابلةِ السقط ، وهو غيرُ اللَّحمِ كالجلدِ ونحوه ؛ لأنّه لو لم يكن اللَّحمُ أكثر بل يكون مساوياً أو أقلّ.

فيثبتُ الربا من حيثُ زيادة السقطِ إذا كان اللّحم مساوياً لما في الحيوانِ من اللّحمِ أو من حيث زيادةِ اللّحم إذا كان اللّحم أكثرُ ممّا في الحيوان من اللّحم ، والسقط : بالتحريك ، هيج كاره ازهر جيز. كذا في «منتهى الأرب» ، والمرادُ به هاهنا كلُّ ما لا يطلقُ عليه اسمُ اللَّحم ؛ كالطّحالِ والأمعاء ، وغيرهما.

[٢]قوله : **لأنّه بيع**...الخ ؛ فإنَّ الحيوانَ لا يوزنُ عادة ، ولا يمكنُ معرفةُ ثقلِهِ بالوزن ؛ لأنّه قد يخفِّفُ نفسه بصلابته ، فلا يدرى أنّه خفَّفَ نفسَه أو أثقل ، وقد يثقلُ لاسترخاءِ مفاصلِه ، والميّتُ لاسترخاءِ مفاصلِهِ أثقل من الحيّ ، والنساءُ لاسترخائهنَّ أثقلُ من الرجالِ لصلابتهم ، كذا في «الكفاية»(١) ، وغيرها.

وعند الشافعيِّ ﷺ وأحمد ﷺ : لا يجوز ، ولا يجوزُ بالنَّسيئةِ إجماعاً. وفي «شرح الطحاوي» : لو كانت الشَّاةُ مذبوحةً غيرَ مسلوخةٍ فاشتراها بلحمِ الشَّاةِ فالجواب في قولهم جميعاً كما قال محمَّد ﷺ ، وأرادَ بغير المسلوخةِ غيرُ المفصولةِ عن السقط ، ولو اشترى شاةً حيّةً بشاةٍ مذبوحةٍ يجوزُ في قولِهم جميعاً ، ذكره العلاَّمةُ العَيْنيُّ ﷺ في «شرح الكنز»(٢).

[٣]قوله : **والدقيقُ بجنسِهِ** ؛ متماثلاً كيلاً لا متفاضلاً لاتّحادِ الاسمِ والصورة والمعنى ، وبه تثبتُ المجانسةُ من كلِّ وجه ، فلا يعتبرُ احتمالُ التفاضل كما في البُرِّ بالبُرّ.

وقيَّده ابنُ الفضلِ ﷺ بما إذا كانا مكبوسين ، وإلا لا يجوزُ خلافاً للشَّافعيِّ ﷺ ؛ لعدمِ

---

(١) «الكفاية»(٦ : ١٦٧).

(٢) «رمز الحقائق»(٢ : ٤٣).

....

وأمَّا عندهما وعند الشَّافِعِيِّ[(1)] ﷺ لا يجوزُ إن نَقَصَ[1] الرُّطَبُ بالجفاف.

الاعتدال في دخولِهِ الكيل؛ لأنّه منكبسٌ وممتلئ جداً، وقوله: كيلاً؛ احترازٌ عن الوزن؛ لأنَّ فيه روايتين، وعن الجزاف: وإشارةٌ إلى نفي قوله: الشافعي ﷺ، كذا «مجمع الأنهر»[(2)].

[1]قوله: لا يجوز إن نقص...الخ؛ وهو قولُ مالكٍ وأحمد ﷺ، ومستدلُّهم ما رواهُ مالكٌ ﷺ في «الموطّأ»: عن عبد الله بن يزيد، مولى الأسودِ بن سفيان: «إنَّ زيداً أبا عيّاش مولى لبني زهرة أخبره أنّه سألَ سعدَ بن أبي وقاص ﷺ، عمَّن اشترى البيضاءَ يعني الشعيرَ بالسُّلت - يعني ضرباً من الشعيرِ لا قشرَ له يكون في الحجاز، كما صرَّح به الجَوْهَرِيّ - .

فقال له سعد ﷺ: أيُّهما أفضل، قال: البيضاء، قال: فنهاني عنه، وقال: إنّي سمعتُ رسولَ الله ﷺ سئل عمَّن اشترى التمرَ بالرُّطبِ فقال: أينقصُ الرطبُ إذا يبس؟ قالوا: نعم، فنهى عنه»[(3)]. انتهى.

وقال محمَّدٌ في «الموطأ»: «بهذا نأخذ، لا خيرَ في أن يشتريَ الرجلُ قفيزَ رطبٍ بقفيزٍ من تمرٍ يداً بيد؛ لأنَّ الرطبَ ينقصُ إذا جفّ فيصيرُ أقلَّ من قفيز؛ فلذلك فسدَ البيعُ فيه». انتهى[(4)].

ففي هذا الحديثِ إشارةٌ إلى العلّةِ وهو النقصانُ عند الجفاف، وبه تبيَّنَ أنَّ شرطَ الجوازِ المماثلةُ في أعدلِ الأحوال، وهو ما بعد الجفاف، وذا لا يعرفُ بالمساواةِ كيلاً في الحال؛ لأنَّ قفيزَ الرطبِ ربما يصيرُ نصفَ قفيزٍ عند الجفاف، وكان ذلك كبيعِ الدَّقيقِ بالحنطة حيث لا يجوز؛ للتَّفاوتِ بعد الطحن.

واعلم أنّه قال صاحب «الهداية»[(5)]: ومدارُ ما روياه على زيدِ بن عيّاش، وهو

---

(1) ينظر: «المنهاج» وشرحه «المغني»(2: 25)، وغيرهما.

(2) «مجمع الأنهر»(2: 87).

(3) في «الموطأ»(2: 624)، وغيره.

(4) من «موطأ محمد»(3: 169 - 167).

(5) «الهداية»(3: 64).

....

....

ضعيفٌ عند النَّقلة. انتهى. لكن قال العلاَّمةُ العَيْنِيُّ في «البناية»[1]: هذا ليس بصحيح، بل هو ثقةٌ عند النَّقَلَة. انتهى. وقال في «غايةِ البيانِ شرح الهداية»: نقلوا تضعيفه عن أبي حنيفة ﵁، ولكن لم يصحَّ ضعفُهُ في كتب الحديث، ومَن ادَّعى فعليه البيان. انتهى.

وقال في «فتح القدير»[2]: قال صاحب «التنقيح»: زيدُ بن عيَّاشٍ أبو عيّاش الزرقيّ المدنيّ، ليس به بأس، ومشايخنا ذكروا عن أبي حنيفةَ ﵁ أنّه مجهول، وردَّ طعنه بأنّه ثقة.

وروي عن مالكٍ ﵁ في «الموطأ»، وهو لا يروي عن مجهول، وقال المُنْذِرِيُّ ﵁: كيف يكون مجهولاً وقد روى عنه ثقتان: عبد الله بن يزيد، وعمرانُ بن أبي أنيس، وهما ممَّا احتجَّ به مسلمٌ في «صحيحِه»، وقد عرفه أئمَّة هذا الشأن، وأخرجَ حديثَهُ مالكٌ ﵁ مع شدَّةِ تحرّيهِ في الرجال.

وقال ابنُ الجوزيّ ﵁ في «التحقيق»[3]: قال أبو حنيفة ﵁: إنّه مجهول، فإن كان هو لم يعرفْه فقد عرفَه أئمّةُ النقل. انتهى.

هذا وإن شئتَ زيادةَ التحقيقِ فارجع إلى «تهذيب التهذيب»[4] للمحقِّق العَسْقَلاني، و«تخريجُ الهداية»[5] للعلامة الزَّيْلَعِيّ، و«شرح معاني الآثار»[6] للمحقِّق الطحاويّ؛ لئلا تلتبسَ عليك الحال، ويظهرُ لك ما قالوا من توجيهاتِ المقال.

ووجهُ قول أبي حنيفةَ ﵁: قوله ﷺ في حديثِ عبادةَ بن الصَّامت: «والتمرُ بالتمرِ مثلاً بمثل، والملحُ بالملحِ مثلاً بمثل، سواءً بسواء، يداً بيد، فإذا اختلفت هذه الأصنافُ فبيعوا كيف شئتم»[7].

---

(١) «البناية»(٦ : ٥٥٧).

(٢) «فتح القدير»(٦ : ١٦٩).

(٣) «التحقيق»(٢ : ١٧٢).

(٤) «تهذيب التهذيب»(٣ : ٣٦٥).

(٥) «نصب الراية»(٤ : ٤١).

(٦) «شرح معاني الآثار»(٤ : ٦).

(٧) سبق تخريجه.

والعنبُ بالزَّبيبِ، والبُرُّ رطباً أو مبلولاً بمثلِه أو باليابسِ، والتَّمرُ، والزَّبيبُ والمُنْقَعُ بالمُنْقَعِ منهما متساوياً

(والعنبُ بالزَّبيبِ[1]، والبُرُّ[2] رطباً أو مبلولاً بمثلِه أو باليابسِ، والتَّمرُ ..، والزَّبيبُ والمُنْقَعُ[3] بالمُنْقَعِ منهما متساوياً)

ووجهُ الاستدلال: الرطبُ إن كان تمراً فجازَ البيعُ بأوّل الحديثِ وهو قوله ﷺ: «التمرُ بالتمر» وإن كان غيرَ تمرٍ فبآخر الحديث وهو قوله ﷺ: «وإذا اختلفت هذه الأصنافُ فبيعوا كيف شئتم»، وأيضاً التفاوتُ بين الرّطبِ والتمرِ بأصلِ الخلقة، فتكونُ ساقطُ الاعتبارِ كالتَّفاوتِ بين الجيِّد والرّديء، وعليك الرُّجوعُ إلى «فتح القدير»(1) إن شئتَ تحقيقَ هذا المقام، فإنَّ فيه ما يشفي العليل.

[1]قوله: والعنبُ بالزَّبيب؛ على الخلافِ المذكور، فيجوزُ البيعُ عند أبي حنيفةَ ﷺ إذا تساويا كيلاً، وعندهما: لا يجوزُ سواءَ تساويا أو تفاضلاً، والوجهُ ما تقدَّم في بيعِ الرّطبِ بالتَّمرِ وهو على قوله: إنَّ الزبيبَ مع العنبِ إن كان جنساً واحداً جازَ بيعُ أحدهما بالآخر كيلاً متماثلاً.

وإن كانا جنسين فجازَ أيضاً؛ لاختلافِ الصنّف، وأمّا على قولهما فشرطُ الجوازِ هو المماثلةُ في أعدلِ الأحوال، وذا لا يعرفُ بالمساواةِ كيلاً في الحال، وقيل: لا يجوزُ بالاتّفاقِ كما في الحنطةِ المقليّةِ بغير المقليّة.

[2]قوله: والبُرّ...الخ؛ وعند محمّد ﷺ: لا يجوز؛ لأنّه يعتبرُ المساواة في المال، وهما يعتبران حالةَ العقد، إذ هو شرطُ صحَّةِ العقدِ إلا أنَّ أبا يوسفَ ﷺ تركَ هذا الأصلَ في بيعِ الرطبِ بالتمرِ لحديثٍ وردَ في ذلك في «المحيط».

قال شمسُ الأئمّةِ الحلواني ﷺ: الروايةُ محفوظةٌ عن محمَّدٍ ﷺ أنَّ بيعَ الحنطةَ اليابسةَ إنّما لا يجوزُ إذا ابتلت الحنطةُ وانتفخت، وأمّا إذا لم تنتفخ بأن بلَّتْ من ساعةٍ يجوزُ بيعها باليابسةِ إذا تساويا كيلاً، ذكره البِرْجَنْدِيُّ ﷺ وصاحب «الكفاية»(2).

[3]قوله: والمُنْقَع؛ - بالفتح - مخفَّفاً لا غير، من أُنقعَ الزبيبُ في الخابية، ونقعَه: ألقاهُ فيها ليبتلّ ويخرجَ منه الحلاوة، والمنقعُ من التنقيع، لم يوردْ في الكتبِ المتداولةِ في اللغة، ذكره في «النهاية».

---

(1) «فتح القدير»(٦: ١٦٩).

(2) «الكفاية»(٦: ١٧١).

ولحمُ حيوانٍ بلحمِ حيوانٍ آخرَ متفاضلاً

والدَّليلُ في جميعِ ذلك أنَّه كان بيعُ الجنسِ بالجنسِ بلا اختلافِ الصفةِ يجوزُ متساوياً، وكذا مع اختلافِ الصّفة؛ لقوله ﷺ: «جيدها ورديئها سواءٌ»(١)، وإن لم يكن بيعُ الجنسِ بالجنسِ يجوزُ كيفما كان؛ لقوله ﷺ: «إذا اختلف النوعانِ فبيعوا كيفما شئتم».

(ولحمُ حيوانٍ[١] بلحمِ حيوانٍ آخرَ متفاضلاً

[١]قوله: ولحم حيوان...الخ؛ وقال الشافعيّ ﷺ: لا يجوز؛ لأنَّ المقصودَ من اللَّحمِ التغذّي والتقوّي، واختلافُ المقاصدِ بعد ذلك يرجعُ إلى الوصف.

ونحن نقول: اللَّحمُ فرعُ أصولٍ مختلفة؛ لاختلافِ الأصلِ يوجبُ اختلافَ الفرعِ ضرورة، والاتّحادُ في التغذّي واعتبارُ المعنى العام كالطَّعمِ في المطعومات، والمعتبرُ الاتّحادُ في المعنى الخاصّ. كذا في «النهاية».

وقال في «كمال الدراية»(٢): عن الشافعي ﷺ: إنَّ اللَّحمانَ والألبان جنسٌ واحد؛ لاتّحادِ المقصودِ منها وهو التغذّي والتقوّي، وظاهرُ مذهبِهِ وهو اختيارُ المُزَنيِّ أنَّ اللحومَ أجناسٌ مختلفةٌ كمذهبنا.

وكذا الأصحُّ من مذهبِهِ في الألبانِ أنّها أجناسٌ مختلفة؛ لأنَّ أصولَهما مختلفةُ الأجناس، حتى لا يضمَّ بعضُها إلى بعضٍ في الزكاة، ومختلفةُ الأسماءِ باعتبارِ الإضافةِ كدقيقِ البُرِّ مع دقيقِ الشَّعيرِ مختلفةُ المقصود، فإنَّ بعضَ النَّاسِ يرغبُ في بعضِ اللّحومِ والألبانِ دون البعض، وقد ينفعُهُ البعضُ ويضرُّهُ البعض.

وقال مالك ﷺ: اللحومُ ثلاثةُ أجناس: الطيورُ والدَّوابّ أهليّها ووحشيّها والبحريات، وبه قال أحمدُ ﷺ في إحدى الرِّواياتِ عنه.

وقيَّدَ الحيوانَ بكونِهِ من غيرِ الجنس؛ لأنّه لو كان من الجنسِ لحمُ البقرِ بلحم

(١) قال الزَّيْلعي في «نصب الراية»(٤: ٣٧)، وابن حجر في «الدراية»(٢: ١٥٦): لم نقف عليه بهذا اللفظ، ويؤخذ من حديث أبي سعيد الخدري ﷺ، قال رسول الله ﷺ: «الذهب بالذهب والفضة بالفضة والشعير بالشعير والتمر بالتمر والملح بالملح، مثلاً بمثل، يداً بيد، فمن زاد أو استزاد فقد أربى الآخذ والمعطي فيه سواء» في «مسلم»(٣: ١٢١١)، وغيره.

(٢) «كمال الدراية»(ق٤١٢).

وكذا اللَّبَنُ، وكذا خلُّ الدَّقْل بخلِّ العنبِ، وشحمُ البطنِ بالإليةِ أو باللَّحْمِ، والخبزُ بالبُرِّ أو الدَّقيقِ، أو بالسَّويق وإن كان أحدُهما نسيئةً، وبه يُفْتَى

وكذا اللَّبَنُ[١]، وكذا[٢] خلُّ الدَّقْل(١) بخلِّ العنبِ، وشحمُ البطنِ[٣] بالإليةِ أو باللَّحْمِ، والخبزُ بالبُرِّ أو الدَّقيقِ، أو بالسَّويق(٢)، وإن كان أحدُهما نسيئةً، وبه يُفْتَى)

الجاموس، ولبنُ البقر بلبنِ الجاموس لم يجزْ بيعُ أحدِهما بالآخر متفاضلاً؛ لأنّهما جنسٌ واحد؛ ولهذا يضمُّ لبنهما أحدهما إلى الآخرِ في الزّكاة، وكذا لحمُ المعزِ والضّأن ولحمُ العرابِ والبُخْت، ولبنهما بخلافِ شعرِ المعز وصوفِ الغنم؛ فإنّهما جنسان؛ لاختلافِ الصورةِ والمقصود.

فإن قيل: يشكلُ على هذا بيعُ لحمِ الطّير بعضُهُ ببعضٍ متفاضلاً، فإنّه يجوز، وهو جنسٌ واحد.

أجيبَ: بأنَّ ذلك باعتبارِ أنّه لا يوزنُ عادة ولا يكالُ بخلافِ الألبانِ ولحمانِ غيرِ الطير، فإنّها توزن. كذا في «المبسوط». انتهى باختصار.

[١]قوله: وكذا اللبن؛ أي كما جازَ بيعُ لحمِ حيوان بلحمِ حيوانٍ آخر متفاضلاً، كذلك جازَ بيعُ لبنِ حيوانٍ بلبنِ حيوان آخر متفاضلا.

[٢]قوله: وكذا... الخ؛ وكذا جازَ بيعُ كلِّ واحدٍ من خلِّ الدَّقْلِ والعنبِ بالآخر؛ لأنَّ الاختلافَ بين أصليهما ثابت، فكذا بين ثانيهما، وإنّما خصُّوا خلَّ الدَّقلِ بالذكرِ مع أنَّ الحكمَ في خلِّ كلِّ تمرٍ مع خلِّ العنبِ واحد؛ لأنّهم كانوا يجعلونَ الخلَّ من الدَّقْلِ غالباً، فالكلامُ خرجَ على مخرجِ العادة، قال في «منتهى الأرب»: دقل: محركة: خرماي كه اورا اسمي بخصوص واز انواع مشهورة بناشد. انتهى.

[٣]قوله: وشحمُ البطن...الخ؛ أي ويجوزُ بيعها متفاضلاً، وإن كانت كلُّها من الضَّأن؛ لأنّها أجناسٌ مختلفة؛ لاختلافِ الأسماء والصورِ والمقاصد، أمَّا اختلافُ الأسماءِ فظاهر؛ لأنّه لا يطلقُ اللَّحمُ على الشحم، ولا الشحمُ على اللَّحم.

وأمّا اختلافُ الصور؛ فلأنَّ الصورةَ ما يحصلُ منه في الذّهنِ عند تصوُّرِه، ولا

(١) الدَّقْل: نوع من أردَأ التمر. ينظر: «الطلبة»(ص١٠٩).

(٢) السَّويق: ما يعمل من الحنطة والشعير. ينظر: «المصباح»(٢٩٦)، و«تاج العروس» (٢٥: ٤٨٠)، وغيرهما.

لا بيعُ الجيدِ بالرديء من الرِّبوي

وإنَّما يجوزُ الخبزُ بالبُرِّ ؛ لأنَّ الخبزَ صارَ عددياً[١]، هذا إذا كانا نقدين، وإن كان الخبزُ نسيئةً، والبُرُّ أو الدَّقيقُ نقداً يجوزُ عند أبي يوسف ﷺ، وبه يُفْتَى.

(لا بيعُ الجيدِ بالرديء من الرِّبوي[٢]

شكٌّ في ذلك عند تصوُّرِ هذه الأشياء.

وأمّا اختلافُ المقاصد، فلكلِّ واحدٍ منهما من الخواصِّ ما لا يوجدُ في غيرِه كما لا يخفى على مَن طالعَ كتبَ الطبِّ، وإن شئتَ التفصيل فارجع إليها.

[١]قوله: لأنَّ الخبزَ صارَ عددياً؛ كما عند محمَّد ﷺ، أو موزوناً كما عند أبي يوسفَ ﷺ، فخرجَ من أن يكون مكيلاً من كلِّ وجه، والبُرّ كيليّ بالنصّ، وكذا الدقيقُ ولم يجمعها القدرُ من كلِّ وجه، فلم توجد علَّة الربا.

وعن أبي حنيفةَ ﷺ أنّه لا يجوز، وهو قول الشافعيّ وأحمد ﷺ؛ لأنَّ في الخبزِ أجزاءُ الدَّقيق، وذلك يورثُ شبهةَ المجانسة، والفتوى على الجواز، وهذا إذا كانا نقدين: أي حكمُ الجوازِ إذا لم يكن أحدُ البدلين الذين هما الخبزُ والبرّ، أو الخبزُ والدَّقيقُ نسيئة، وإن كانَ الخبزُ نسيئةً والبرُّ والدقيقُ نقداً، أو كان البرُّ أو الدقيق نسيئةً والخبزُ نقداً.

فعلى الثاني جازَ أيضاً؛ لأنه أسلمَ موزوناً في مكيل، يمكنُ ضبطُ صفتِهِ ومعرفةُ مقدارِه، وعلى الأوَّلِ يجوزُ عند أبي يوسفَ ﷺ إذا ذكر وزناً معلوماً ونوعاً معلوماً، وبه يفتى؛ لحاجةِ النَّاسِ إليه، لكن ينبغي أن يحتاطَ وقتَ القبض، حتى يقبضَ من الجنسِ الذي سمّى؛ لئلا يصير مستبدلاً بالمُسَلَّم فيه قبل القبض.

وذكر ابن رستمٍ ﷺ في «نوادره»: أنَّ على قول أبي حنيفةَ ومحمّد ﷺ لا يصحُّ السلمُ في الخبزِ لا وزناً ولا عدداً؛ لأنّه يتفاوتُ بالعجن، والنضج، ويكون منه الثقيلُ والخفيف؛ ولهذه العلَّةِ أفسد أبو حنيفةَ ﷺ استقراضه؛ لأنَّ السلمَ أوسعُ باباً من القرض، حتى جازَ السلمُ في الثياب، ولم يجز القرضُ فيها، كذا في «كمال الدراية»[١].

[٢]قوله: لا يجوزُ بيعُ الجيِّدِ بالرّديء من الربوي؛ أي ممّا فيه الربا، ولا يجوزُ بيعُ البُسرِ بالتمرِ متفاضلاً، أمّا الأوّل فلقوله ﷺ: «جيدها ورديئها سواء»[٢]، وهذا في

---

(١) «كمال الدراية»(ق٤١٢ - ٤١٣).

(٢) سبق تخريجه.

والبُسرِ بالتَّمرِ إلا متساوياً، والبرِّ بالدَّقيق أو بالسَّويقِ، أو الدَّقيق بالسَّويق متفاضلاً أو مُتساوياً، والزَّيتونِ بالزَّيت، والسِّمْسِمِ بالخَلِّ حتى يكونَ الزَّيتُ والخلُّ أكثرَ ممَّا في الزيتونِ والسِّمْسِمِ

والبُسرِ[1] بالتَّمرِ إلا متساوياً، والبُرِّ[1] بالدَّقيق أو بالسَّويقِ، أو الدَّقيق بالسَّويق متفاضلاً أو مُتساوياً، والزَّيتونِ بالزَّيت، والسِّمْسِمِ بالخَلِّ حتى يكونَ الزَّيتُ والخلُّ أكثرَ ممَّا في الزيتونِ والسِّمْسِمِ)

الأموالِ الربويّة؛ ولهذا قيَّدَ المصنِّف ﷺ لقوله: من الربوي، وأمَّا الثاني: فلإطلاق التمرِ على البُسر فيكونُ من جنسه، والتَّفاضلُ لا يجوزُ في المتجانسين، فلا يجوزُ البيعُ في هاتينِ الصورتينِ إلا متساوياً.

قال في «منتهى الأرب»: بسر: بالضم غوره خرما، ويضم السين، وانجداز شكوفه رخر ما اول طاهر شود انر اطلع خوائند وجون يسته كَردد سياب كَويند وهركَاه سبنردكَرد كَردد جدال وجون اندكي كلان كَردد آنر ابغو خوانند وجون ازان كلان شود بسرست وبعد ازان مخطم بعد ازان موكت بعد ازان بذنوب بعد ازان جمسه بعد ازان خالع وجون يحتكَي آن بانتهار سدر طب نامند وبعد ازان تمر. انتهى.

[1]قوله: والبُرّ...الخ؛ يعني لا يجوزُ بيعُ البرِّ بالدقيق: أي بدقيق البرّ أو بالسَّويق، أي بسويقِ البُرِّ متفاضلاً أو متساوياً.

أمّا متفاضلاً؛ فلأنَّ كلَّ واحدٍ من الدقيقِ والسَّويقِ برّ من وجهٍ وإن اختصَّ باسم؛ لأنَّ كلَّ واحدٍ منهما من أجزاءِ البُرّ، فإنَّ الطحنَ لا يوجدُ إلا تفريقَ الأجزاء، والمجتمعُ لا يصيرُ بالتَّفريقِ جنساً آخر.

وأمّا متساوية؛ فلأنَّ المعيارَ فيه الكيل، وهو غير مستوٍ بينهما وبين البُرّ؛ لاكتنازهما فيه، وتخلخل البُرّ.

ويجوزُ عند مالكٍ وأحمدٍ ﷺ في روايةٍ بيعِ البُرِّ بالدقيقِ وبالسَّويقِ كيلاً ووزناً.

ولا يجوزُ بيعُ الدقيقِ بالسَّويقِ متفاضلاً أو متساوياً، وهذا عند أبي حنيفةَ ﷺ؛ لبقاء المجانسةِ من وجه، إذ السَّويقُ أجزاءُ حنطةٍ مقلية، والدقيقُ أجزاءُ حنطةٍ غير مقلية، وبيعُ الحنطةِ المقليَّةِ بغيرِ المقليَّةِ لا يصحُّ بحال، فكذا بيعُ الدقيقِ بالسَّويق.

---

(١) البُسر: التمر قبل أن إرطابه لخضاضته، وذلك إذا لون ولم ينضج، وإذا نضج فقد أرطب. ينظر: «تاج العروس»(١٠: ١٧٤)، وغيره.

ويستقرضُ الخبزَ وزناً لا عدداً عند أبي يوسف ﷺ وبه يُفْتَى

ليكون[١] بعضُ الزَّيتِ بالزيتِ الذي في الزَّيتون، والباقي بالثَّجير[٢].

(ويستقرضُ الخبزَ وزناً لا عدداً عند أبي يوسف ﷺ، وبه يُفْتَى)، أمَّا عند أبي حنيفةَ ﷺ لا يجوزُ لا وزناً ولا عدداً

وقال أبو يوسف ومحمّد ﷺ: يجوزُ بيعُ الدَّقيقِ بالسَّويقِ كيف ما كان؛ لأنهما جنسان مختلفان؛ لاختلافِ اسمهما والمقصود منهما؛ لأنَّ أحدَهما يصلحُ لما لا يصلحُ الآخر، فإنَّ الدقيقَ مثلاً يصلحُ للخبز، والسَّويق لا يصلح له، بل يلتُّ بالسمنِ أو العسلِ ويؤكل، والدقيقُ ليس كذلك.

وأجيبَ: بأنَّ التغذّي معظمُ المقصود، وهو يشملها، ولا يضرُّ فواتُ بعض المقاصدِ كالحنطةِ المقليّة مع غير المقليّة، فإنَّ المقليَّةَ لا يصلحُ للزراعةِ مثلاً، وغيرُ المقليَّةِ تصلحُ لها، وذا لا يوجبُ اختلافَ الجنس، فكذا الدقيقُ مع السَّويق، كذا في «كمال الدراية»(١) وغيره من الكتبِ المبسوطة.

[١]قوله: **ليكون**...الخ؛ واعلم أنَّ بيعَ الزيتونِ بالزيتِ على أربعة أوجه:

١. إن علم أنّ الزيتَ الذي في الزيتونِ أكثرُ من الزيتِ المنفصل، لم يصحَّ لتحقُّقِ الفضلِ الخالي عن العوضِ من حيث زيادةِ الدهنِ والتفل.
٢. وكذا إن علم أنّه مثله؛ لأنَّ التفلَ يكون فضلاً خالياً عن العوض.
٣. وإن علمَ أنّ الزيتَ المنفصلَ أكثر جازَ والفضلُ بالتفل، وهذه الثلاثةُ بالإجماع.
٤. وإن لم يعلم أنّه مثله، أو أكثر منه، أو أقلّ منه صحَّ عند زفر ﷺ؛ لأنَّ الجوازَ هو الأصل، والفسادُ لوجودِ الفضلِ الخالي عن العوض، فما لم يعلم لا يفسدُ البيع، وعندنا: لا يصحّ؛ لأنَّ الفضلَ الذي هو متوهّم الوجودِ كالمتحققِ في باب الربا احتياطاً، كذا في «كمال الدراية»(٢) نقلاً عن شرح «الوافي».

[٢]قوله: **بالثجير**؛ ثجير كامير كنجاره كه تفل باشد. كذا في «منتهى الأرب»، وكنجاره: بمعنى كنجارا ست كه نخاله كنجد وهرتخم كه روغن آنرا كشيده باشند، كذا في «البرهان القاطع».

---

(١) «كمال الدراية»(ق٤١٣).

(٢) «كمال الدراية»(ق٤١٣).

للتَّفاوت الفاحشِ[١]، وعند محمدٍ ﷺ يجوزُ بهما[٢] للتعامل، وعند أبي يوسف ﷺ يجوزُ وزناً للتَّعاملِ والحاجة، لا عدداً للتَّفاوتِ في آحاده.

(ولا رباً بين سيدٍ وعبدِهِ): لأنَّ العبدَ وما معه لمولاه[٣]

---

[١]قوله: للتفاوتِ الفاحش؛ حاصلُهُ: إنَّ الخبزَ وإن كان موزوناً لكنَّه متفاوتٌ بتفاوتِ الخبزِ والخبّازِ والتنّورِ والتقدّم والتأخّر.

١. أمَّا التفاوتُ بالخبزِ فمن حيث الطولُ والعرضُ والرِّقةُ والغلظ.

٢. وأمَّا التفاوتُ بالخَبَّازِ فلأنَّ الخَبَّازَ إذا كان حاذقاً في الخبزِ فخبزُهُ يكون أحسنُ من خبزِ غيره لا محالة.

٣. وأمَّا التفاوتُ بالتنُّورِ فإنَّ التنورَ إذا كان جديداً يجيء خبزُهُ جيداً، وإذا كان عتيقاً لا يجيء كذلك.

٤. وأمّا التفاوتُ بالتقدُّمِ والتأخُّرِ فإنّ في آخرِ التنورِ تكونُ النَّارُ قويَّةً فيحترقُ الخبزُ بذلكِ وفي أوَّلهِ لا ينضج كما ينبغي.

والاستقراضُ إنّما يصحُّ في المثلي؛ لأنَّ من شرطِهِ القدرةُ على أداءِ مثل المستقرض، ولا قدرةَ على مثلِ الخبزِ فلا يصحُّ استقراضه.

[٢]قوله: **يجوز بهما**؛ أي يجوزُ استقراضُ الخبزِ بالوزنِ والعددِ جميعاً؛ للتَّعاملِ: أي لتعاملِ النَّاسِ بذلك، فسقطَ التفاوتُ شرعاً؛ للتَّعامل وحاجةِ الناس، وبه قال أحمدُ والشافعيّ ﷺ في قول، وعند مالك ﷺ: يعتبرُ العرفُ كما صرَّحَ به العلاَّمةُ العَيْنِيّ(١).

وفي «كمال الدراية»(٢): وفي مذهب الشافعي ﷺ: في استقراضِ الخبزِ وجهان، كما في المُسَلَّمِ فيه، أحدهما: كقول أبي حنيفةَ ﷺ، وهو الأصحُّ عند صاحبِ «التقرير»، والثاني: الجوازُ وزناً وعدداً، وبه قال مالك ﷺ، وهو اختيارُ ابن الصباغ؛ لحاجةِ النَّاسِ إليه. انتهى.

[٣]قوله: **لأنَّ العبدَ وما معه لمولاه**؛ فلا يتحقّقُ الربا، وهذا إذا كان غيرَ مأذون

---

(١) في «رمز الحقائق»(٢: ٤٤).

(٢) «كمال الدراية»(ق٤١٤).

ومسلمٍ وحربيٍّ في دارِه

(ومسلمٍ وحربيٍّ في دارِه[١]): أي في دارِ الحرب؛ لأنَّ مالَهُ مباحٌ فيجوزُ أخذُهُ بأيِّ طريقٍ كان خلافاً لأبي يوسفَ ﷺ والشَّافِعِيِّ ﷺ اعتباراً[٢] بالمستأمنِ في دارنا

أو كان مأذوناً غير مديون، أمّا إن كان مديوناً فيتحقَّقُ الرّبا بينه وبين سيِّده، أمَّا عند أبي حنيفة ﷺ؛ فلأنَّ عنده الدَّينُ على العبدِ يمنعُ ملكَ مولاه لماله.

وأمّا عندهما وإن كان لا يمنع؛ فلأنّه لَمّا تعلّق حقُّ الغرماءِ بما في يده لم يكن ملكاً لسيِّدِهِ مطلقاً، فيتحقَّقُ الربا بينهما كما يتحقّقُ بين السيِّدِ ومكاتبه، وكذا لا ربا بين أمِّ الولدِ وسيِّدها، ولا بين المدبِّر وسيده؛ لأنَّ كسب كلّ واحدٍ منهما لسيدِه، بخلافِ المكاتب؛ لأنّه صار كالحرِّ يداً وتصرُّفاً، كذا في «كمال الدراية»(١).

[١]قوله: في داره؛ وإنّما قيَّد بقوله: في داره؛ لأنّه إذا دخل الحربيُّ دارَ الإسلامِ فعقدَ مع مسلمٍ وحربيٍّ آخرَ فلا يجوزُ الربا؛ لأنَّ مالَ كلٍّ منهما معصوم، وفي «المبسوط»(٢): ولا فرقَ بين أن يأخذَ المسلمُ الدِّرهمين بالدرهم، أو الدرهم بالدرهمين في دارِ الحرب؛ لأنّه طيَّبَ نفسَ الكافرِ بما أعطاه، وأخذَ مالَه بطريقِ الإباحة، ذكره البِرْجَنْدِيّ.

[٢]قوله: اعتباراً...الخ؛ فكما يتحقّقُ الربا بين المسلمِ والحربيِّ الذي دخلَ دارنا بأمانٍ في دارنا، فكذلكَ في دراهم، والجامعُ تحقّق الفضلُ الخالي عن العوضِ المستحقِّ بالعقد، كذا في «النهاية».

(١) «كمال الدراية»(ق٤١٤).

(٢) «المبسوط»(١٤: ٥٩).

باب الحقوق والاستحقاق

فصل في الحقوق

يَدْخُلُ البناءُ، والمفتاحُ، والعلوُّ، والكنيفُ في بيعِ الدَّار

باب الحقوق والاستحقاق[1]

فصل في الحقوق

(يَدْخُلُ[2] البناءُ، والمفتاحُ، والعلوُّ، والكنيفُ في بيعِ الدَّار)

[1]قوله: باب الحقوقُ والاستحقاق؛ لَمّا كانت الحقوقُ توابع، فذكرها بعد مسائلِ البيوع، وأوردها عقيبَ باب الرّبا؛ لأنَّ فيه بيانُ فضلِ حرام، وهاهنا بيانُ فضلٍ على المبيع، وهو حلال، وفي هذا الترتيبِ اتِّباعُ صاحبِ «الجامع الصغير» أيضاً.

والحقوقُ: جمعُ حقّ وهو خلافُ الباطل، وهو مصدر، حقُّ الشيءَ من بابي ضربَ وقتل، إذا وجبَ وثبت؛ ولهذا يقال لمرافقِ الدار: حقوقها. كذا في «المصباح المنير»(1)، وقال في «القاموس»(2): الحقُّ من أسمائِهِ تعالى، ومن صفاته، والقرآن، وضدُّ الباطل، والأمرُ المقتضى به، والموت، والحرم، والحقّة أخصُّ منه، وحقيقةُ الأمر. انتهى.

والاستحقاقُ هو طلبُ الحقّ، قال في «المصباح»(3): استحقَّ فلانٌ الأمر: استوجبَه، قاله الفَارَابيُّ وجماعة، فالأمرُ مستحَقٌّ بالفتح: اسم مفعول، ومنه خروجُ المبيعِ مستحقّاً.

[2]قوله: يدخل...الخ؛ لأنَّ العرصةَ أصلٌ في الدار؛ لقرارِ البناءِ عليها، وإنّما دخلَ البناء، وما اتَّصلَ به في بيعِ الدَّارِ بطريقِ التبعيّة؛ لاتّصالِهِ بالعرصةِ اتِّصالَ قرار، فما لا يكون متَّصلاً بالبناءِ لا يدخلُ في بيعِ الدَّارِ إلا إذا جرى العرفُ أنَّ البائع يسامحُ به يدخلُ بلا ذكر، فيدخلُ العلوُّ بلا ذكرٍ لاتّصالِهِ بالبناء، ولا يدخلُ المفتاحُ في القياس؛ لأنّه غير متَّصلٍ بالبناء.

---

(1) «المصباح»(ص١٤٣).

(2) «القاموس»(٣: ٢٢٨).

(3) «المصباح المنير»(ص١٤٤).

لا الظّلّةِ إلا بذكرِ كلٍّ حقٍّ هو لها، أو بمرافقِها، أو بكلٍّ قليلٍ وكثيرٍ هو فيها أو منها

الكنيفُ: المستراحُ(١)، **(لا الظّلّةِ)**: في «المغرب»[١]: ظُلَّةُ الدَّارِ: السُّدّةُ التي فوقَ البابِ، وعن صاحب «الحصر»: هي التي أحدُ طرفي جذوعِها على هذه الدَّار، وطرفُها الآخرُ على حائطِ الجارِ المقابلِ، **(إلا بذكرِ[٢] كلٍّ حقٍّ هو لها، أو بمرافقِها، أو بكلٍّ قليلٍ وكثيرٍ هو فيها أو منها)**

فصار كثوبٍ موضوعٍ في الدَّار، لكنَّهُ يدخلُ في الاستحسان؛ إذ العادةُ أنَّ البائعَ لا يمنعُهُ عن المشتري، بل يسلِّمُهُ مع الدارِ إليه، ولا يدخلُ الباب الموضوع، ولا الفضل ولا مفتاحه، ويدخلُ السلَّمُ المتَّصلُ بالبناءِ ولو كان من خشب، ولا يدخل غير المتَّصل.

[١]قوله: **في «المغرب»**...الخ؛ في «المغرب»(٢): قول الفقهاء: ظلَّة الدارِ يريدون السُّدّة التي فوقَ الباب، وادَّعى في «إيضاحِ الإصلاح»(٣): إنَّ هذا وهم، بل هي الساباط الذي أحدُ طرفيه على الدار، والآخرُ على دارٍ أخرى، أو على الاسطواناتِ التي في السِّكة، وعليه جرى في «فتح القدير»(٤) وغيره، كذا في «ردّ المحتار»(٥) نقلاً عن «النهر».

والساباط: بوشش رهگذر. كذا في «منتهى الأرب»، وفي «المصباح»(٦): الساباط: سقيفةٌ تحتها ممرٌّ نافذ، والجمع: سوابيط. انتهى. وفي «القاموس»(٧): والظلَّةُ أيضاً: شيءٌ كالصُفّة يُستترُ به من الحرِّ والبرد. انتهى.

[٢]قوله: **إلا بذكر**...الخ؛ أي لا تدخلُ الظلَّةُ في بيعِ الدَّارِ إلا بذكرِ كلٍّ حقٍّ هو لها: أي للدَّار.

أو بمرافقها؛ أي بذكرِ مرافقِ الدارِ وهي حقوقها، فيقال: بعتُ لك هذه الدارَ بمرافقها.

---

(١) وهو المرحاض. ينظر: «المغرب»(ص٤١٧)، و«المصباح»(ص٥٤٢).

(٢) «المغرب»(ص٢٩٩).

(٣) «إيضاح الإصلاح»(ق٩٩/ب).

(٤) «فتح القدير»(٦: ١٨٠).

(٥) «رد المحتار»(٤: ١٨٩).

(٦) «المصباح»(ص٢٦٤).

(٧) «القاموس»(٤: ١٠).

والشَّجرُ لا الزَّرعُ في بيعِ الأرض، ولا الثَّمرُ في بيعِ شجر فيه ثمرٌ إلا بشرطه وإن ذَكَرَ الحقوقَ والمرافق

والشَّجرُ[1] لا الزَّرعُ في بيعِ الأرض، ولا الثَّمرُ[2] في بيعِ شجر فيه ثمرٌ إلا بشرطه وإن ذَكَرَ الحقوقَ والمرافق

أو بكلِّ حقّ قليلٍ أو كثيرٍ هو فيها؛ أي في الدار أو منها، فحينئذٍ تدخلُ الظلَّةُ في بيع الدار، وهذا عند الإمام، وأمّا عندهما فتدخلُ الظلَّةُ من غير ذكرِ شيءٍ ممَّا ذكرنا إن كان مفتحُها في الدار؛ لأنّها حينئذٍ من توابعِ الدَّارِ فصارت كالكنيفِ والعلوّ.

وللإمامِ أنَّ الظلَّةَ تابعةٌ للدَّارِ من حيثُ أنَّ قرارَ أحدِ طرفيها على بناءِ الدار، وليست بتابعةٍ من حيث أنَّ قرارَ طرفِها الآخرُ على غير بنائها، فلا تدخلُ بلا ذكرِ الحقوق، وتدخلُ بذكرها عملاً بالشبهين، ولو كان خارجَ الدار مبنيّاً على الظلَّةِ تدخلُ في بيعِ الدارِ بلا ذكرِ الحقوق؛ لأنّها تعدُّ من الدارِ عادةً كما صرَّحوا به.

[1]قوله: والشجر...الخ؛ أي يدخلُ الشجرُ في بيعِ الأرض، وإن لم يذكرْ صغيراً كان أو كبيراً، مثمراً كان أو غير مثمر، وهذا هو الأصح.

ومنهم مَن قال: المثمرُ يدخل من غير ذكر، وغيرُ المثمرِ لا يدخلُ من غير ذكر.

ومنهم مَن قال: الكبيرةُ إذا كانت مثمرةً تدخلُ من غير ذكر، وان كانت غير مثمرةٍ لا تدخل، والصغيرةُ لا تدخلُ إلا بالذِّكرِ مثمرة كانت أو غير مثمرة، ذكره البِرْجَنْدِيّ، وتفصيلُ الجزئيّات في فتاوى الثقات.

لا الزرع؛ لا يدخلُ الزرعُ في بيعِ الأرض بلا ذكره، والفرقُ بينهما أنَّ اتّصالَ الشجرِ بالأرضِ للقرار، فكان كالبناء، واتّصالُ الزرع بها لا للقرار، فكان كالمتاع، وإنّما دخلَ الجنينُ في بيعِ أمِّه من غير ذكرِهِ مع أنَّ اتّصالَه لا للقرار؛ لأنّه جزءٌ منها.

وفي «جامع الاسبيجابي»: الزرعُ إنّما لا يدخلُ قبل النبات وبعد التقوُّم، وأمَّا إذا نبتَ ولم يَصِرْ متقوّماً فإنه يدخل، والأوّلُ أصحّ، ذكره في «كمال الدراية»[1].

[2]قوله: ولا الثمر...الخ؛ يعني لا يدخلُ الثمَرُ - بالثاءِ المثلثة والميم المفتوح - في بيعِ شجرٍ فيه ذلك الثمرُ إلا بشرطه، سواء كان لذلك الثمر قيمة وقتَ البيعِ أو لم يكن؛ لأنَّ اتّصالَ الثمر بأصلِهِ وإن كان اتّصالَ قوامٍ كاتّصالِ الشجرِ بالأرض، إلا أنَّ قطعَ

(١) «كمال الدراية»(ق٤١٧).

ولا العلوُّ في شراءِ بيتٍ بكلِّ حقّ

ولا العلوُّ[١] في شراءِ بيتٍ بكلِّ حقّ[٢]

الثمرِ له غايةٌ معلومة، فصار في حكمِ المقطوع، ويقال للبائع: اقطع الثمرةَ وسَلِّم الشجر، وكذا إذا بيعت الأرضُ وبها زرعٌ يؤمَرُ البائعُ بالحصادِ والتسليم.

وقال مالكٌ والشافعيّ وأحمد ﷺ: يتركُ الثمر حتى يظهرَ صلاحه، ويتركُ الزَّرع حتى يستحصد؛ لأنَّ الواجبَ التسليمُ المعتاد، ولم تَجْرِ العادةُ بقطعِ الثمرِ قبل بدءِ صلاحه، ولا حصادُ الزرعِ قبل استحصاده، فصار كما لو مضت مدَّةُ الإجارة وفي الأرضِ زرعٌ لم يدرك.

ولنا: إنَّ التسليمَ واجبٌ على البائع، ولا يتمكَّنُ منه إلا بالتفريغ، ولا يحصلُ التفريغُ في الثمرِ والزرعِ إلا بالقطعِ والحصادِ فيلزمانه، وصار كما لو بيعت أرضٌ وفيها متاعٌ للبائع، حيث يؤمرُ بقلعِهِ وتسليمها للمشتري.

وقيل: مَن اشترى شجراً عليه ثمرٌ لا قيمةَ له فهو للمشتري؛ لأنَّ بيعه على الانفرادِ لا يجوز.

وردَّ هذا القولَ بأن بيعَه على الصَّحيحِ على الانفرادِ يجوز، فلا يدخلُ في بيعِ الشجرِ بلا ذكر.

ولو ذكرَ في بيعِ الأرض أو بيع الشجرِ الحقوقَ أو المرافق لا يدخلُ الزرعُ ولا الثمرُ حينئذٍ؛ لأنّهما ليسا من الحقوقِ والمرافق، وكذا إن قال: بكلِّ قليلٍ وكثيرٍ هو فيها، أو منها، وقال: أثرُ ذلك من حقوقها، أو قال: أثرُ ذلك من مرافقها، وإن لم يقل: أثر ذلك دخلا في البيع؛ لأنّهما من القليلِ والكثيرِ الذي هو فيها أو منها للاتّصال في الحال، ذكره في «كمال الدراية»[١].

[١]قوله: **ولا العلو**... الخ؛ لأنَّ البيتَ اسمٌ لمسقَّفٍ واحد جُعِلَ ليبات فيه، ومنهم مَن يزيدُ له دهليزاً فإذا باعَ البيتَ لا يدخلُ العلوُّ ما لم يذكر اسمَ العلوِّ صريحاً؛ لأنَّ العلوَ مثله في أنّه مسقفٌ يباتُ فيه، والشيء لا يستتبعُ مثله، بل هو أدنى منه، كذا في «الفتح»[٢].

[٢]قوله: **بكلِّ حقٍّ**؛ ولم يدخل بذكرِ الحقّ؛ لأنَّ حقَّ الشيءِ تبعٌ له فهو دونه،

(١) «كمال الدراية»(ق٤١٧ – ٤١٨).

(٢) «فتح القدير»(٦: ١٧٨).

ولا في شراءِ مَنْزِلٍ إلا بذكرِ ما ذُكِرَ، ولا الطَّريقُ، والشُّربُ، والمسيل في البيعِ إلا بذكرِ ما ذُكِرَ أيضاً بخلافِ الإجارة

ولا في شراءِ[1] مَنْزِلٍ إلا بذكرِ ما ذُكِرَ): أي الحقوقُ والمرافقُ إلى آخرها.

فالحاصلُ أن العلوَّ يدخل في بيعِ الدَّارِ وإن لم يذكر الحقوقَ والمرافق، ويدخلُ[2] في بيعِ المَنْزِلِ إن ذكرَ الحقوقَ والمرافقَ، ولا يدخلُ في بيعِ البيتِ وإن ذَكَرَ الحقوقَ والمرافق.

فالمَنْزِلُ فيما بين البيتِ والدَّارِ لا يكونُ فيه مربطُ الدَّواب، بل يكونُ فيه بيتانِ أو ثلاثةٌ أو نحو ذلك، يتعيشُ فيه الرَّجلُ المتأهّل، فالعلو يكون من توابعِهِ لا من توابعِ البيت؛ لأنَّ الشيءَ لا يستتبعُ مثلَهُ، بل دونَه.

(ولا الطَّريقُ[3]، والشُّربُ، والمسيل في البيعِ إلا بذكرِ ما ذُكِرَ أيضاً بخلافِ الإجارة)

والعلوُّ مثلُ البيتِ لا دونَه فلا يدخلُ فيه إلا بالتَّنصيصِ عليه، وفي «الكافي»: إنَّ هذا التفصيلَ مبنيٌّ على عرفِ الكوفة، وفي عرفنا: يدخلُ العلوُّ في الكلِّ سواءً باعَ باسمِ البيتِ أو المنزلِ أو الدار، والأحكامُ تبتني على العرفِ في كلِّ إقليمٍ وفي كلِّ عرفِ أهله.

[1]قوله: ولا في شراء...الخ؛ لأنَّ المنزل اسمٌ لما يشتملُ على بيوتٍ وصحنٍ مسقف، ومطبخ لسكنةِ الرجلِ بعيالِه، والبيتُ اسمٌ لمسقفٍ واحدٍ كما عرفت، والدارُ اسمٌ لما يشتملُ على بيوتٍ ومنازلَ وصحنٍ غير مسقّف.

فالمنزل يكون بين الدَّارِ والبيتِ إذ يتأتّى فيه مرافقُ السُّكنى بنوعِ قصور، بانتفاءِ منزلِ الدوابِّ فيه، فلشبهةٍ بالدار يدخلُ العلوُّ فيه تبعاً عند ذكرِ الحقوق، والشبهُ بالبيتِ لا يدخلُ فيه بدونه.

[2]قوله: يدخل...الخ؛ لأنَّ الدارَ لما كان اسماً لما يدارُ عليه الحدودُ من الحائطِ ويشتملُ على بيوتٍ ومنازلَ وصحنٍ غير مسقف، والعلوُّ من توابعِ الأصلِ وأجزائه، فيدخلُ فيه من غير ذكر.

[3]قوله: ولا الطريق...الخ؛ أي لا يدخلُ الطريقُ في بيعِ ما له طريق، والشربُ في بيعِ ما له شرب، والمسيلُ في بيعِ ما له سيل، إلا بذكرِ الحقوقِ أو المرافق؛ لأنَّ كلَّ واحدٍ

....

فإن الشُّربَ والطَّريقَ والمسيلَ يدخلُ في الإجارةِ بلا ذِكْرِ الحقوقِ والمرافق، فإن الإجارةَ[١] تقعُ على المنفعةِ، ولا تقع المنفعةُ بدونِ هذه الأشياءِ، وأمَّا البيعُ فيردُ على الرَّقبةِ، وأيضاً يُمْكِنُ[٢] أن ينتفعَ المشتري بالتِّجارةِ، ولا كذلك في الإجارةِ.

من هذه الأشياءِ الثلاثةِ تبعٌ من وجهٍ وأصلٌ من وجه، أمَّا التبعيَّةُ فمن حيث أنّه خارجٌ عن حدودِهِ ويقصدُ الانتفاعُ به فيه.

وأمَّا كونه أصلاً فمن حيث أنّه يتصوَّرُ بدونِ المبيعِ فلا يدخلُ إلا بذكرِ الحقوقِ أو المرافقِ عملاً بالشبهين.

[١]قوله: **فإنَّ الإجارة**...الخ؛ حاصلُهُ: إنَّ الإجارةَ لم تشرعْ إلا للانتفاع، وهو لا يتحقَّقُ فيما له طريقٌ أو شربٌ أو سيل إلا بطريقِهِ أو بشربِه أو بمسيله بخلافِ البيع فإنّه شُرِعَ بملكِ الرقبة، والانتفاعُ من ثمراتِه؛ ولهذا جازَ بيعُ ما لا ينتفعُ به كالمُهْر ولم تجز إجارته.

[٢]قوله: **يمكن**...الخ؛ فإنَّ المشتري عادةً يشتري الدَّارَ مثلاً، ويتَّجِرُ فيه، فيبيعُهُ من غيره، فحصلت الفائدة، بخلافِ الإجارةِ فإنّها ليست بهذه المثابة.

[فصل في الاستحقاق]

ويؤخذُ الولد إن استحقّتْ أُمّه ببيِّنةٍ ، وإن أقرَّ بها لا

[فصل في الاستحقاق]

(**ويؤخذُ الولد إن استحقّتْ أُمّه ببيِّنةٍ ، وإن أقرَّ بها لا**) ، صورتُها : اشترى رجلٌ جاريةً ، فولدتْ عنده فاستحقَّها رجلٌ ببيِّنةٍ ، فإنَّه يأخذُها وولدَها ، وإن أقرَّ بها لا ؛ لأنَّ[1] البيِّنةَ حجَّةٌ مطلقةٌ[2] فيظهرُ[3] بها ملكُهُ من الأصل

[1]قوله : **لأنّ**...الخ ؛ توضيحُه : إنَّ البيّنةَ حجَّةٌ مطلقةٌ فيثبت بها الملكُ من الأصلِ ، وبهذا يرجعُ المشتري على البائعِ بالثمنِ في الاستحقاقِ بالبيّنة ، وقد كان الولدُ متّصلاً بأمّه يومئذٍ فيثبتُ بالبيّنةِ الاستحقاقُ فيها.

والإقرارُ حجَّةٌ قاصرةٌ يثبتُ به الملكُ في المخبرِ به ضرورةَ صحَّةِ الخبر ، وقد اندفعت الضَّرورةُ بإثباتِ الاستحقاقِ بعد انفصالِ الولد ، فلا يظهرُ الاستحقاقُ في الولد ؛ ولهذا لا يرجعُ المشتري على البائع بالثمنِ في الاستحقاقِ بالقرار.

وذكرَ التُّمُرْتَاشِيُّ : أنَّ الولدَ إنّما لا يدخلُ في الإقرارِ إذا لم يدَّعهِ المقرُّ له ، أمَّا إذا ادَّعاهُ فإنّه يكون له ، ثمَّ في البيّنةِ يكون القضاءُ بالأمِّ عند البعض ؛ لأنَّ الولدَ تابعٌ لها ، فيدخلُ في الحكمِ عليها.

وقيل : لا بُدَّ من القضاءِ بالولد ، وإليه أشارَ محمَّد ﵀ حيث قال : إذا قضى القاضي بالأصلِ المستحقِّ ولم يعلمْ بالزَّوائدِ لم تدخل الزَّوائدِ تحت القضاء ، وكذا إن كانت الزوائدُ في يدِ آخر ، وهو غائب ، لم تدخلْ تحت القضاء ؛ لانفصالها عن الأصلِ يومَ القضاء ، ذكره في «كمال الدراية»(1).

[2]قوله : **حجَّة مطلقة** ؛ حتى تظهرَ في حقِّ الكافّة ؛ لأنَّ البيّنةَ تصيرُ حجَّةً بالقضاء ، وللقاضي ولايةٌ عامَّةٌ فيتعدّى إلى الكلّ.

[3]قوله : **فيظهر بها** ؛ فإنَّ الملكَ لا بدَّ له من زمان ، وليس الزَّمانُ أولويةَ بالتعيّن ، فيظهرُ الملكُ من الأصلِ ، يعني من وقت الشراءِ لا في الحال ؛ لأنَّ الشهودَ لا يتمكّنون من إثباتِ ما لم يكن ثابتاً ، والولدُ كان متَّصلاً بالأمِّ يوم الشراءِ فيأخذها.

---

(1) «كمال الدراية»(ق418).

شخصٌ قال لآخر: اشتري فإنِّي عبدٌ فاشترى، فبان حُرّاً، ضَمِنَ إن لم يدرِ مكانَ بائعِهِ، ورجعَ عليه، وإن علمَ لا

والإقرارُ حجَّةٌ قاصرة[1]، فيثبتُ الملكُ به ضرورةَ صحَّةِ الإخبار، فتندفع الضَّرورة بثبوتِ الملكِ بعد انفصالِ الولد

(**شخص**[2] **قال لآخر: اشتري فإنِّي عبدٌ**[3] **فاشترى، فبان حُرّاً، ضَمِنَ إن لم يدرِ مكانَ بائعِهِ**)؛ لأنَّه بالأمرِ بالشَّراءِ يصيرُ ضامناً للثَّمنِ عند تعذُّرِ الرجوعِ على البائعِ دفعاً للضَّرر، وعند أبي يوسفَ ﷺ لا ضمانَ عليه وإن علم لا، (**ورجعَ عليه**): أي رَجَعَ هذا الشَّخصُ بما ضَمِنَ على البائع، (**وإن علمَ لا**.

[1]قوله: **حجَّةٌ قاصرة**؛ لأنّه لا يتوقَّفُ على قضاءِ القاضي، وله ولايةٌ على نفسِهِ دون غيره، فيقتصر عليه.

[2]قوله: **شخص**...الخ؛ حاصلُهُ: إنَّ شخصاً إذا قال لرجل يطلبُ شراء عبد: اشتري فإنّي عبد، فاشترى الرَّجلُ ذلك الشخص بناءً على كلامِه، فظهرَ أنّه حرّ، فإن كان البائعُ حاضراً أو غائباً، ولكنَّ مكانه معلوم، لا يضمنُ العبدُ الآمرُ لوجودِ من عليه الحقّ، وهو البائع.

وإن لم يكن حاضراً أو لم يكن مكانُهُ معلوماً ضَمِن، يعني رجعَ المشتري على العبدِ بالثمنِ عند الطرفين؛ لأنَّ المقرَّ بالعبوديَّةِ ضَمِنَ سلامة نفسه، والمشتري اعتمدَ على أمرِه وإقراره أنّه عبد؛ لأنَّ القولَ قوله في الحريّة، فيجعلُ ضامناً للثمنِ عند رجوعِهِ على البائع؛ دفعاً للغررِ والضرر، ورجعَ العبدُ على البائعِ بالثمنِ إذا حضر؛ لأنّه قضى ديناً عليه، وهو مضطرٌ فيه، فلا يكون متبرِّعاً.

وعند أبي يوسفَ ﷺ: لا يرجعُ المشتري على العبدِ بشيء؛ لأنَّ ضمانَ الثمن بالمعاوضةِ أو بالكفالة، ولم توجدْ منهما، بل الموجودُ ليس إلا إخباراً كاذباً، فصار كما إذا قال الأجنبيّ: اشتره، فإنّه عبد، فاشتراهُ فظهرَ أنّه حُرّ، فليس على الأجنبيِّ شيء.

[3]قوله: **اشتري فإنّي عبد**؛ إنّما قيَّدَ بهذين القيدين؛ لأنّه قال وقت البيع: إنّي عبد، ولم يأمره بالشراء، أو قال: اشترني، ولم يقل: إنّي عبدٌ لا يرجعُ في قولهم جميعاً، كذا في «النهاية».

ولا ضمانَ في الرَّهنِ أصلاً، ولا رجوعَ في دعوى حقٍّ مجهولٍ في دارٍ صُولِحَ على شيءٍ واستحقَّ بعضها

ولا ضمانَ في الرَّهنِ أصلاً): أي إن قال: ارْتَهِني فإنّي عبدٌ، فارتهنَهُ، فبانَ حُرّاً، فلا ضمانَ عليه سواءٌ عَلِمَ مكانَ الرَّاهنِ، أو لا؛ لأنَّ الرَّهنَ ليس عقدَ معاوضةٍ[١]، فلا يكونُ[٢] الأمر به بضامنٍ للسلامة، وقال[٣] في «الهداية» في صورة المسألة: ضرب إشكال: وهو أن الدَّعوى شرطٌ عند أبي حنيفةَ ﷺ لحريةِ العبدِ، والتَّناقضُ يَمْنَعُ صحَّةَ الدَّعوى. فكيف يَظْهَرُ أَنَّهُ حُرٌّ؟

(ولا رجوعَ في دعوى حقٍّ مجهولٍ في دارٍ صُولِحَ على شيءٍ واستحقَّ بعضها)

[١]قوله: **ليس عقد معاوضة**، بل هو وثيقةٌ لاستيفاءِ عينِ حقِّه، فإنَّ الرهنَ هو جعلُ الشيء محبوساً بحقّ يمكن استيفاؤه وأخذُهُ من ماليَّةِ المرهونِ لا من عينه.

[٢]قوله: **فلا يكون**...الخ؛ فإنَّ الأمرَ بالارتهانِ لم يكن غروراً في عقدِ معاوضة، فلا ينتظرُ سبباً للضمان؛ ولهذا إذا سأل رجلٌ غيره عن أمنِ الطريق، فقال له: اسلك هذا الطريقَ فإنّه آمن، فسلكه، فسلبَ اللُّصوصُ أمواله، لم يضمن المخبر بشيء؛ لأنّه غرورٌ فيما ليس بمعاوضة، كذا في «الكفاية»(١).

[٣]قوله: **قال في «الهداية»**؛ عبارةُ «الهداية» هكذا: ثمَّ في وضعِ المسألة ضربُ إشكالٍ على قولِ أبي حنيفةَ ﷺ؛ لأنَّ الدعوى شرطٌ في حريَّةِ العبدِ عنده، والتناقضُ يفسد الدعوى. انتهى.

وحاصلُهُ إنّ الدعوى شرطٌ عنده بقبولِ الشهادةِ بالحرّية؛ لكونِ العتقِ حقُّ العبد، والتناقضُ فيه يمنعُ صحَّةَ الدَّعوى، فإنَّ العبدَ [بعد]ما قال: اشترني فإنّي عبد، إمّا أن يدَّعي الحريَّةَ أو لا.

فالأوّل: تناقض، فكيف يثبتُ به الحريَّة.

والثَّاني: ينفي شرطَ الحريّة.

والجوابُ عن هذا الإشكالِ أنَّ وضعَ المسألةِ:

١. إن كان في حريَّة الأصلِ فالدَّعوى فيها ليس بشرطٍ عند الإمام.

(١) «الكفاية»(٦: ١٨٥ - ١٨٦).

ولو استحقَّ كلَّها ردَّ كلَّ العوض ؛ لأنَّ المدَّعي به داخلٌ في المستحقِّ ، وفهمُ صحَّةِ الصُّلحِ عن المجهولِ

أي[1] إذا ادَّعى حقّاً مجهولاً في دارٍ فَصُولِحَ على شيءٍ، ثم استحقَّ بعضَ الدَّارِ، فالمدَّعى عليه لا يرجعُ على المُدَّعِي بشيءٍ ؛ لأن[2] للمدَّعي أن يقولَ: دعواي في غيرِ ما استحقَّ، (**ولو استحقَّ كلَّها ردَّ كلَّ العوض ؛ لأنَّ المدَّعي به داخلٌ في المستحقِّ**) (**وفهمُ**[3] **صحَّةِ الصُّلحِ عن المجهول**)

٢.لتضمّنِهِ تحريم فرج الدَّم، فإنَّ الشخصَ إذا كان حرَّ الأصلِ يكون فرجُ أمّه حراماً على مَن يدَّعي أنّها ملكه، وحرمةُ الفرجِ من حقوقِ الله ﷻ، وفي حقوق الله ﷻ لا يشترطُ الدعوى، فتقبلُ الشُّهودُ بغيرِ بيّنة، وهذا كما أنَّ رجلين شهدا أنّ هذه الأمةَ أعتقها مولاه، وهي ساكتةٌ ثبتَ حرمتُها بدون دعواها ؛ لأنَّ الفرجَ حقُّ الله تعالى.

وقيل: الدعوى شرطٌ في حريَّة الأصلِ أيضاً لخفاء العلوق، فإنّه قد يجلب عن دار الحرب صغيراً ولا يعلم حريَّة أبيه أو أمّه فيقرُّ بالرّقّ، ثمَّ يعلمُ بحريَّة أُمّه أو أبيه فيدَّعي الحرّية، والتناقضُ فيما يجري فيه الخفاءُ لا يمنعُ صحَّةَ الدعوى.

٣. وإن كان وضعُ المسألةِ في الحريَّةِ بالإعتاق، فالتناقضُ لا يمنع صحَّةَ الدعوى ؛ لاستقلالِ المولى بالإعتاق، فربّما لا يعلمُ العبدُ إعتاقه، ثمَّ يعلمُ بعد ذلك، فصار كالمختلعةِ تقيمُ البيّنة على الطلقاتِ الثلاثِ قبل الخلع.

فإنّ البيّنةَ تقبلُ هاهنا ؛ لأنَّ الزوجَ ينفردُ بالطلاق، فربّما لم تكن عالمةً عند الخلع، ثم علمت، وصار كالمكاتَبِ يقيمُ البيِّنةَ على الإعتاقِ قبل الكتابة، فإنّها تقبلُ منه لاستبدادِ سيِّده بالتحرير، هذا ما لَخّصتُهُ من شروح «الهداية»[1].

[1]قوله: أي ؛ يعني صورة هذه المسألةِ أنّه ادَّعى حقّاً مجهولاً في دار، فأنكرَ المدَّعي عليه ذلك، فصُولِحَ من الحقِّ المجهولِ على شيءٍ كمئةِ درهمٍ مثلاً، فأخذَه المدَّعي.

[2]قوله: لأنّ...الخ ؛ حاصلُهُ أنّه يمكنُ أن يكونَ دعواه فيما بقي، وإن قلَّ فما دام في يدِهِ شيءٌ لم يرجع.

[3]قوله: وفهم...الخ ؛ فهمَ منه أيضاً عدمُ شرطِ صحَّةِ الدَّعوى لصحَّةِ الصلح ؛

(١) «الكفاية» و«العناية»(٦ : ١٨٥ - ١٨٦).

ورجعَ بحصّته في دعوى كلِّها إن استحقَّ شيءٌ منها

أي دلَّت هذه المسألة على أن الصلحَ عن المجهولِ على مالٍ معلومٍ صحيح، وإنَّما يصحُّ؛ لأنَّ الجهالةَ فيما يسقطُ لا تفضي إلى المنازعة، وقد يُنْقَلُ عن بعضِ الفتاوى أن الصلحَ لا يصلح إلا أن يكونَ الدَّعوى صحيحة، فهذه المسألة تدلُّ على أن هذه الرِّوايةَ غيرُ صحيحة؛ لأنَّ دعوى الحقِّ المجهولِ دعوى غير صحيحةٍ، وكثيرٌ من مسائلِ «الذخيرة» تدلُّ على عدمِ صحَّةِ تلك الرِّواية.

(**ورجعَ بحصّته في دعوى كلِّها إن استحقَّ شيءٌ منها**): أي إن ادَّعى كلَّ الدَّار فَصُولِحَ على شيءٍ، ثُمَّ استحقَّ نصفَها يرجعُ[1] بنصفِ البدل.

لأنَّ الدَّعوى المجهولةَ في الدارِ ليست بصحيحة، حتى لو أقامَ البيِّنةَ لا تقبلُ إلا إذا ادَّعى إقرارَ المدَّعى عليه بالحقّ، فحينئذٍ يصحُّ الدَّعوى، وتقبلُ البيِّنةُ كما صرَّحوا به.

[1]قوله: يرجع... الخ؛ لأنَّ الصلحَ على مئةٍ مثلاً وقعَ على كلِّ الدَّار، فإذا استحقَّ منها شيءٌ تبيَّنَ أنَّ المدَّعي لا يملكُ ذلك القدر، فيردُّ حسابه من العوض.

فصل في بيع الفضول

ولمالكٍ باعَ غيرُهُ ملكَهُ فسخُه، وله إجازتُهُ

فصل في بيع الفضول

(ولمالكٍ[1] باعَ غيرُهُ ملكَهُ فسخُه، وله إجازتُهُ[2])

[1]قوله: ولمالك؛ لَمَّا فرغ المصنّف ﷺ عن مسائلِ الاستحقاق، وكان بيعُ الفضوليّ من صورِ الاستحقاق، فإنَّ المستحقَّ إنّما يقولُ عند الدّعوى: هذا ملكي، ومن باعك إنّما باعكَ بغيرِ إذني، فهو عينُ بيعِ الفضولي، فشرعَ في مسائلِه، وقال: ولمالك... الخ، ولو أتي بلفظِ فصلٍ هاهنا لكان أحسن كما لا يخفى.

والفُضُولي: بضمٍّ الفاء، وفتحها خطأ، نسبةً إلى الفُضُول، جمع الفضل، وهو الزيادة، قال في «المغرب»(1): الفضلُ الزّيادة، وقد غلبَ جمعُهُ على ما لا خيرَ فيه، حتى قيل:

فُضُولٌ بلا فَضْل وسِنٌّ بلا سِنٍّ   وَطُولٌ بلا طَوْل وعَرْضٌ بلا عِرْض

ثمَّ قيلَ لَمن يشتغلُ بما لا يعنِيه: فُضُولي، إنّه صارَ بالغلبةِ لهذا المعنى كالعلمِ له، ولم يصرْ إلى الواحدِ في النِّسبة، كما في أعرابيّ وأنصاري، وفي اصطلاحِ الفقهاء: مَن ليسَ بأصيلٍ ولا وكيل.

وصورةُ هذه المسألة أنّه إذا باعَ رجلٌ ملكَ غيرِه، فالمالكُ بالخيارِ إن شاءَ أجازَ ذلك البيعُ إذا كان المعقودُ عليه باقياً، والمتعاقدانِ بحالهما، وكذا الثَّمنُ إن كان من العروض، وإن شاء فسخَه.

[2]قوله: وله إجازته؛ بأن يقول: أجزتُ البيع، أو بأن يقبضَ الثمن، أو يطلبه، فإن قال: أحسنت، أو أصبت، أو كفيتني مؤنةَ البيع، لا يكونُ إجازة؛ لاحتمالِ الاستهزاء، وقال محمّد ﷺ: إنَّ قوله: أحسنتَ وأصبت إجازةٌ استحساناً، ذكرَهُ القاضي خان ﷺ في «فتاواه».

وفي «المنتقى»: إنَّ المالكَ إذا قال: بئسما صنعت يكون إجازة، وفي ظاهرِ الرواية يكون ردّاً، وعليه الفتوى. كذا في «الفصول العمادية» ذكره العلامة البِرْجَنْدِيّ ﷺ في «شرح النقاية».

---

(1) «المغرب»(ص٣٦٢).

إن بَقِيَ العاقدانِ والمبيع، وكذا الثَّمن إن كان عرضاً

إن بَقِيَ[١] العاقدانِ والمبيع[٢]، وكذا الثَّمن إن كان عرضاً[٣]): فسخُه مبتدأٌ، ولمالكٍ خبرُهُ مقدَّماً، وهذا بيعُ الفُضُولي، وهو منعقدٌ عندنا خلافاً للشَّافِعِيِّ ﷺ[٤].

[١]قوله: إن بقي؛ أي إجازةُ المالكِ مشروطٌ ببقاءِ المتعاقدينِ والمعقودِ عليه والمعقود له، فإنَّ الإجازةَ تصرُّفٌ في العقدِ من التوقُّفِ إلى النفاذ البات، فيفتقرُ إلى قيامِ العقد، وقيامُهُ بقيامِ هذه الأشياء.

[٢]قوله: والمبيع؛ والمرادُ بكونِ المبيعِ قائماً: أن لا يكون متغيِّراً، بحيث يعدُّ شيئاً كبيراً ذا طحن؛ لأنَّ الملكَ لم ينتقلْ إليه بالعقد، فلا ينتقلُ بعد هلاكِه، ولو لم يعلمْ حالَ المبيعِ وقتَ الإجازةِ من بقائِه وصور جازَ البيعُ في قول أبي يوسفَ ﷺ أوَّلاً، وهو قولُ محمَّد ﷺ؛ لأنَّ الأصلَ بقاؤه، ثمَّ رجعَ وقال: لا يصحُّ ما لم يعلمْ بقاؤه، كذا في «البحر»(١).

وإنَّما لم يذكرْ بقاءَ المالكِ الأوَّلِ لكونِهِ ظاهراً، فإنَّ بموتِهِ يبطلُ العقدُ الموقوف، فبعد ذلك لا يفيدُ إجازةُ الوارث.

[٣]قوله: إن كان عرضاً؛ لأنَّ العرضَ يتعيَّن بالتعيين، فصار كالمبيعِ يشترطُ بقاؤه، وبهذا يفهمُ أنَّ الثمنَ إذا كان ديناً كالدَّراهمِ والدنانيرِ والفلوس، والكيليّ والوزنيّ الموصوفُ بغيرِ عينِهِ يحتاجُ إلى الأربعةِ المذكورة، ولا يشترطُ بقاءُ الثمن.

[٤]قوله: خلافاً للشافعيّ ﷺ؛ قال الشافعيُّ ﷺ في الجديد، وأحمد ﷺ في رواية: لا ينعقد؛ لأنّه أضاف ذلك المبيعِ إلى محلّ لا ولايةَ له عليه؛ ولأنَّ بيعَ الآبق لا ينعقدُ مع كونه مملوكاً؛ لعدمِ القدرةِ على تسليمِهِ فما لا يملكُهُ البائع أولى.

ولنا: ما روى البُخاريُّ ﷺ وغيرُه: إنَّ النبيَّ ﷺ: «دفعَ إلى عروةَ البارقيّ ديناراً ليشتريَ له به شاةً لأضحية، فاشترى به شاتين، وباع أحدَهما بدينار، وجاءَ بشاةٍ ودينار إلى النَّبيِّ ﷺ، فقال له النبيُّ ﷺ: بارك الله في صفقتك»(٢).

---

(١) «البحر الرائق»(٦: ١٦٠).

(٢) في «صحيح البخاري»(٣: ١٣٣٢)، وغيرها.

وهو ملكٌ للمجيز، وأمانةٌ عند بائعه، وله فسخُهُ قبل الإجازةِ

(**وهو ملكٌ للمجيزِ**[١]، **وأمانةٌ عند بائعه**): أي إن أجازَ المالكُ فالثَّمنُ ملكٌ له، ويكونُ أمانةً في يدِ البائع[٢]، (**وله فسخُهُ قبل الإجازةِ**)

ووجهُ الدَّلالةِ أنَّ عروةَ باعَ الشَّاةَ الثانيةَ من غيرِ إذنِ النَّبيِّ ﷺ، وقد أجازَه النبيُّ ﷺ، وروى الطَّبَرَانِيُّ في «معجمه»، والتِرْمِذِيُّ في «جامعه» مثل هذا: عن حكيمِ بن حزام ﵁، إلا أنَّ حكيماً: «أعطاهُ رسولُ الله ﷺ ديناراً ليشتريَ به أضحية، فاشترى أضحيةً بدينار، فباعها بدينارين، ثمَّ اشترى أضحيةً بدينار، وجاءه بدينارٍ وأضحية، فتصدَّق رسولُ الله ﷺ بالدِّينار، ودعا له بالبركة»(١).

ولأنَّ هذا تصرُّفٌ صدرَ من أهلِه لأنَّه عاقلٌ بالغٌ مضافاً إلى محلِّه؛ لأنَّه مالٌ متقوِّم، ولا ضررَ في انعقادِهِ على المالك؛ لأنَّه مخيِّر، فإن رأى فيه مصلحةً أجازه وإلاَّ فسخه، فينعقدُ ويتوقَّفُ نفوذه على إجازةِ المالك، كذا في «كمال الدراية»(٢).

[١]قوله: **للمجيز**؛ وهو المالك، ولم يقل: للمالك؛ ليعلم أنَّه إنَّما يملكُهُ بعد الإجازةِ أمَّا قبل الإجازةِ فلا.

[٢]قوله: **ويكون أمانةً عند البائع**؛ وهو الفضوليّ؛ لأنَّه حينئذٍ بمنْزلةِ الوكيل، فإنَّ الإجازةَ اللاحقةَ كالوكالةِ السابقة، حتى لا يضمنَ بالهلاكِ في يدِهِ سواءً هلكَ بعد الإجازةِ أو قبله، وهذا إذا لم يكن الثمنُ من العروض.

أمَّا إذا كان عرضاً فكان مملوكاً للفُضُوليّ، وإجازةُ المالكِ إجازةُ نقدٍ لا إجازةُ عقد؛ لأنَّه لَمَّا كان متعيّناً كان شراءً من وجه، والشراء لا يتوقَّف، بل ينفذُ على المباشرِ إن وجدَ نفاذاً، فيكون ملكاً له، وبإجازةِ المالكِ لا ينتقلُ إليه، بل تأخيرُ إجازتِهِ في النقدِ لا في العقد.

ويجبُ على الفضوليِّ مثلُ المبيعِ إن كان مثليّاً، وإلا فقيمته؛ لأنَّه لَمَّا صارَ البدلُ له صار مشترياً لنفسِهِ بمالِ الغير، مستقرضاً له في ضمنِ الشِّراءِ فيجبُ عليه ردّه، كما قضى دينَهُ بمالِ الغير، واستقراضُ غير المثليِّ جائزٌ ضمناً، وإن لم يجزْ قصداً، كذا في «مجمع الأنهر»(٣)، وغيره.

---

(١) في «معجم الطبراني الكبير»(٣: ٢٠٥)، و«سنن الترمذي»(٣: ٨٥٥)، وغيرهما.

(٢) «كمال الدراية»(ق٤١٨ – ٤١٩).

(٣) «مجمع الأنهر»(٢: ٩٥).

وجازَ إعتاقُ المشتري من الغاصبِ لا بيعُهُ إن أجيزَ بيعُ الغاصبِ

أي للبائعِ حقُّ الفَسْخِ[١] قبل إجازةِ المالكِ دفعاً للضَّررِ عن نفسِهِ، فإنَّ حقوقَ العقدِ راجعةٌ إليه.

(**وجازَ إعتاقُ المشتري من الغاصبِ لا بيعُهُ إن أجيزَ بيعُ الغاصبِ**): أي إذا[٢] باعَ الغاصبُ العبدَ المغصوبَ فأعتقَهُ المشتري، فأجازَ المالكُ البيعَ ينفذُ الإعتاق، وعند محمَّدٍ ﷺ لا ينفذُ؛ لقولِهِ[٣] ﷺ: «لا عتقَ[٤]

---

[١]قوله: **أي للبائع حقُّ الفسخ**...الخ؛ بخلافِ الفُضُوليِّ في النكاح، حيث لا يكون الفسخُ له قبل الإجازة؛ لأنَّ الحقوقَ لا ترجعُ إليه.

[٢]قوله: **أي إذا**... الخ؛ أي إذا غصب رجلٌ عبداً، فباعَ الغاصبُ ذلك العبد المغصوب، ثم أعتقَه المشتري، ثم أجازَ المولى البيعَ ينفذُ الإعتاقُ عند أبي حنيفةَ وأبي يوسف ﷺ، وقال محمَّد وزفر ﷺ وهو روايةٌ عن أبي يوسفَ ﷺ لا يجوزُ العتق، وهو القياس، وهذا قولُ الشافعيِّ ومالك ﷺ.

وهذه ثانيةُ المسألتين اللَّتين جرتِ المحاورةُ فيهما بين أبي يوسفَ ومحمَّد ﷺ، فقال أبو يوسفَ لمحمّد ﷺ: رويتُ لك أنَّ العتقَ باطلٌ عند أبي حنيفة ﷺ، وقال محمد ﷺ: رويتَ لي أنَّ العتقَ جائزٌ عنده، وحاصلُ الخلافِ راجعٌ إلى أنَّ إعتاقَ المشتري موقوفٌ عند أبي حنيفةَ وأبي يوسفَ ﷺ على أن ينفذَ الشراءُ بإجازةِ المالك، وباطلٌ عند محمّد ﷺ.

[٣]قوله: **لقوله** ... الخ؛ حاصلُهُ: إنَّ العتقَ لا يتحقَّقُ إلا بالملك لقوله ﷺ: «لا عتقَ فيما لا يملكُهُ ابن آدم»[١]، وهذا نصٌّ مطلق، والمطلقُ ينصرفُ إلى الكامل، والبيعُ الذي توقَّفَ نفاذُه على إجازةِ المالكِ لا يفيدُ الملك، ولو ثبتَ الملكُ حين إجازةِ المالكِ لثبتَ مستنداً إلى السببِ السابق، وهو بيعُ الغاصب.

والملك الثابت بطريقِ الاستنادِ ثابتٌ من وجهٍ دون وجه، والمصحّحُ للإعتاقِ هو الملكُ الكامل؛ لكونِ النَّصِ مطلقاً، وانصرافُ المطلقِ إلى الكامل، وصارَ كإعتاقِ المشتري من الغاصبِ إذا أدَّى الغاصب.

[٤]قوله: **لا عتق**؛ روى أبو داود والتِّرْمِذِيّ وقال: حديثٌ حسنٌ صحيح: عن

---

(١) في «سنن الدارقطني»(٤: ١٤)، و«المنتقى»(١: ١٨٥)، و«سنن البيهقي الكبير»(٧: ٣١٨)، وغيرها.

....

فيما لا يَمْلِكُهُ ابن آدم»(١)، ولو ثَبَتَ في الآخرة يثبتُ مستنداً، وهو ثابتٌ من وجهٍ دون وجه.

ولهما[١]: إنَّ الملكَ يَثْبُتُ موقوفاً بتصرُّفٍ مطلقٍ موضوعٍ لإفادةِ الملكِ فيتوقَّفُ الاعتاقُ مرتَّباً عليه كإعتاق المشتري[٢] من الرَّاهن

عمرو بن شعيبٍ عن أبيهِ عن جدِّهِ ﷺ قال: قال رسول الله ﷺ: «لا نذرَ لابن آدم ما لا يملك، ولا عتقَ له فيما لا يملك، ولا طلاقَ له فيما لا يملك»(٢).

[١]قوله: ولهما...الخ؛ حاصلُهُ: إنَّ ملكَ المشتري من الغاصبِ ثبتَ موقوفاً بتصرُّفٍ مطلقٍ موضوعٍ؛ لإفادةِ الملك، فيتوقَّفُ الإعتاق بتوقُّفِه، وينفذُ بنفاذِه؛ لأنّه من حقوقِهِ والشيء إذا نفذَ نفذَ بحقوقه، وإذا توقّفَ توقَّفَ بحقوقِه.

وصار كإعتاقِ المشتري من الراهنِ العبدَ المرهون، فإنّه يتوقَّفُ وينفذُ بإجازةِ المُرْتَهنِ بيعَ الراهن، وكإعتاقِ المشتري من الوارثِ عبداً من التَّركةِ المستغرقةِ بالدَّين، فإنَّ نفاذَه يتوقَّفُ على إجازةِ الغرماء، كإعتاقِ الوارثِ عبداً من التَّركةِ المستغرقةِ بالدَّين، فإنَّه ينفذُ إذا قضى الدَّينَ بعده أو أبرأ الغرماءَ منه.

بخلافِ ما إذا باعَ المشتري من الغاصبِ ثم أجازَ المولى البيع حيث لم يجز البيعُ الثاني؛ لأنَّ الإجازةَ يثبتُ بها للبائع الثاني، وهو المشتري ملكٌ باتٌّ؛ لأنَّ الشراءَ سببٌ مطلقٌ موضوعٌ لإفادةِ الملك، فإذا أجازَ المالكُ البيعَ الأوّلَ ثبتَ الملكُ للمشتري باتّاً مطلقاً؛ لوجودِ السببِ مطلقاً.

والملكُ الباتُّ إذا طَرَأَ على ملكٍ موقوفٍ أبطله، فيبطلُ الملكُ الموقوفُ الذي للمشتري الثاني ضرورةَ أنّه لا يجوزُ اجتماعُ عقدين نافذين في محلّ واحدٍ على الكمال.

[٢]قوله: كإعتاق المشتري؛ أي اشتراهُ من الرَّاهنِ بلا إجازةِ المُرْتَهن، فأعتقه ثمَّ أجازه المرتهنُ ينفذُ إعتاقه.

---

(١) من حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جدّه، قال: قال رسول الله ﷺ: «لا نذر لابن آدم فيما لا يملك، ولا عتق له فيما لا يملك، ولا طلاق له فيما لا يملك» في «جامع الترمذي»(٣: ٤٨٦)، واللفظ له، وقال الترمذي: حسن صحيح.و«مسند أحمد»(٢: ١٩٠)، و«سنن سعيد بن منصور»(١: ٢٨٦)، وغيرها، وينظر: «نصب الراية»(٤: ٤٤).

(٢) في «سنن الترمذي»(٣: ٤٨٦)، وغيره.

ولو قُطِعَ يدُهُ، ثُمَّ أُجيزَ فأرشُهُ للمشتري، وتصدَّقَ بما زادَ على نصفِ ثمنِه

ولو باع المشتري من الغاصبِ، ثمّ أجيزَ البيعُ الأَوَّلُ لا ينفذُ الثَّاني؛ لأن بالإجازةِ ثَبَتَ ملكٌ باتَ للمشتري الأوَّل، فإذا طرأ[1] على الملكِ الموقوفِ للمشتري الثَّاني أبطلَهُ[2].

(**ولو قُطِعَ يدُهُ، ثُمَّ أُجيزَ فأرشُهُ للمشتري**): أي قُطِعَتْ يدُ العبدِ فأخذَ إرْشَها، ثُمَّ أجازَ المالكُ البيعَ، فأرشُهُ للمشتري؛ لأنَّ الملكَ تَمَّ له[3] من وقتِ الشراء، فتبيَّنَ أنَّ القطعَ وَقَعَ على ملكِ المشتري، فالأرشُ له، (**وتصدَّقَ بما زادَ**[4] **على نصفِ ثمنِه**): أي إن كان الأرشُ زائداً على نصفِ الثَّمن، فالزِّيادةُ لا تطيبُ له، فوجبَ تصدقُه؛ إذ في الزِّيادة[5] شبهةُ عدمِ الملك.

---

[1]قوله: **فإذا طَرَأ**...الخ؛ فإن قيل: يشكلُ على هذا الأصلِ ما إذا باعَ الغاصبُ ثمَّ أدّى الضمانَ ينقلبُ بيعُ الغاصبِ جائزاً، وإنَّ طرأَ الملك الباتُّ الذي يثبتُ للغاصبِ بأداءِ الضَّمانِ على ملكِ المشتري الذي اشتراهُ منه، وهو موقوف.

قلنا: إنَّ ثبوتَ الملكِ للغاصبِ ضروريٌّ؛ لأنَّ الملكَ يثبتُ له ضرورةَ وجوب الضمانِ عليه، فلم يظهرْ في حقِّ إبطالِ ملكِ المشتري، كذا في «الكفاية»(١).

[2]قوله: **أبطله**؛ أي أبطلَ الملكُ الباتُّ الملكَ الموقوف؛ لأنّه لا يتصوَّرُ اجتماعُ الباتّ مع الموقوفِ في محلّ واحد، والبيعُ بعدما بطلَ لا يلحقُهُ الإجارة.

[3]قوله: **تمَّ له**؛ فإنَّ سببَ الملكِ وهو البيعُ كان باتّاً في نفسِه، ولكن امتنعَ ثبوتُ الملكِ لمانع، وهو حقُّ المغصوبِ منه، فإذا ارتفعَ يثبتُ من وقتِ السَّبب؛ لأنَّ الإجازةَ في الانتهاء كإذن في الابتداء، كذا في «النهاية»

[4]قوله: **بما زاد**؛ قيَّد به؛ لأنّه لا يتصدّق بالكلّ، وإن كان فيه شبهةُ عدمِ الملكِ لكونِهِ مضموناً عليه، بخلافِ ما زادَ، ووزَّع في «الكافي» فقال: إن لم يكن مقبوضاً ففي ما زادَ ربح ما لم يضمن، وإن كان مقبوضاً ففيه شبهةُ عدمِ الملك، كما في «البحر»(٢).

[5]قوله: **إذ في الزيادة**...الخ؛ لأنَّ الملكَ غيرُ موجودٍ حقيقةً وقتَ القطع، وأرش

---

(١) «الكفاية»(٦: ١٩٦).

(٢) «البحر الرائق»(٦: ١٦٦).

ومَن اشترى عبداً من غيرِ سيِّدِه فأقامَ بيِّنةً على إقرارِ بائعِهِ أو سيِّدِه بعدمِ أمرِهِ مُريداً ردَّهُ لا تقبل. ولو أقرَّ بائعُهُ به: أي بعدم أمر المالك بالبيع عند قاضٍ به وطلبَ مشتريه ردَّهُ ردُّ بيعه

(ومَن اشترى عبداً من غيرِ سيِّدِه فأقامَ[١] بيِّنةً على إقرارِ بائعِهِ أو سيِّدِه بعدمِ أمرِهِ مُريداً ردَّهُ لا تقبل[٢].

ولو أقرَّ بائعُهُ به: أي بعدم أمر المالك بالبيع عند قاضٍ به وطلبَ مشتريه ردَّهُ ردُّ بيعه)، الفرقُ بين الصُّورتينِ: أنَّ البيِّنةَ لا تقبلُ إلاَّ عند صحَّةِ الدَّعوى، وفي المسألةِ الأولى لا تصحُّ الدَّعوى للتناقضِ، وفي الصُّورةِ الثَّانيةِ: التَّناقضُ لا يمنعُ صحَّةَ الإقرار[٣] فللمشتري أن يساعدَ البائعَ في ذلك، فيتحقَّقُ الاتفاقُ بينهما.

اليدِ الواحدةِ في «البحر»(١): نصفُ الدية، وفي العبدِ نصفُ القيمة، والذي دخلَ في ضمانِهِ هو ما كان بمقابلةِ الثمنِ فيما زادَ على نصفِ الثمنِ شبهةُ عدمِ الملك، فيتصدَّق به وجوباً.

[١]قوله: فأقام؛ أي بعد ما ادَّعى على البائعِ أنَّه أقرَّ قبل البيع بأنِّي أبيعُ بغيرِ أمر مولاه، أو بعد البيع: بأنِّي بعتُ بغيرِ أمره، أو على المولى أنَّه أقرَّ بعدمِ أمرِ البيع.

[٢]قوله: لا تقبلُ بيِّنته لبطلانِ دعواه بالتناقض، فإنَّ إقدامهما على العقدِ اعترافٌ منهما بصحَّتِهِ ونفاذه؛ لأنَّ الظاهرَ من حالِ المسلمِ العاقلِ مباشرةُ العقدِ الصحيحِ النافذ، والبيِّنةُ لا تبنى إلا على دعوى صحيحة، فإذا بطلت الدَّعوى لا تقبل، كما لو قامَ البائعُ البيِّنة أنَّه باعَ بلا أمرٍ، أو برهنٍ على إقرارِ المشتري بذلك، فإنَّه لا يقبل.

[٣]قوله: لا يمنعُ صحَّة الإقرار؛ لأنَّ الإقرارَ حجَّةٌ قاصرة، فلا تتعدّى إلى الغير.

---

(١) «البحر الرائق»(٦: ١٦٦).

باب السلم[1]

[1]قوله: **باب السلم**؛ لَمَّا كان السلَمُ من أنواعِ البيوع، ولكن شرطَ فيه القبض، كالصَّرف أخَّرَهما وقدَّمه على الصَّرف؛ لأنَّ الشرطَ في الصرفِ قبضهما، وفي السلمِ قبضُ أحدهما، فهو بمَنْزلةِ المفردِ من المركب، والسَلَم بفتحتين: بيش وادن بها، ومنه: بيع السلم، كذا في «الصراح».

وفي «المصباح المنير»[1]: السَلَمُ في البيع: مثلُ السلفِ وزناً ومعنىً، وأسلمت إليه: بمعنى أسلفت. انتهى. والسلف: دركَذ شتن ويدرامان دركذ شته، اسلاف سلاف جمع ونوعي از بيع كه بها بيشي وهندجون سلم، كذا في «الصراح».

وعرَّفوه بعباراتٍ:

١. منها: أخذُ عاجلٍ بآجل، وهذا فاسد؛ لأنَّ السلعةَ إذا بيعت بثمنٍ مؤجَّلٍ يوجدُ هذا المعنى، وليس بسَلَم، ولو قيل: بيعُ آجل بعاجل، لكان أصوب، وقال في «البحر»[2]: الظاهرُ أنّ قولهم: أخذ عاجل بآجل، تحريفٌ من النُّساخِ الجهلة، فاستمرَّ النقلُ على هذا التحريف. انتهى. [قلت: هذه العبارة فيها تبديل مخلّ.

فإن عبارة «البحر»[3] هي: والظاهر أن قولهم أخذ عاجل بآجل من باب القلب، والأصل أخذ آجل بعاجل وهو أولى مما في «البناية» من أن قولَهم أخذ عاجل بآجل تحريف من الناسخ الجاهل، فاستمر النقل على هذا التحريف.

٢. ومنها: هو بيعُ آجلٍ بعاجلٍ، ذكره في «الملتقى»[4].

---

(١) «المصباح المنير»(ص٢٨٦).

(٢) «البحر الرائق»(٦: ١٦٨).

(٣) «البحر الرائق»(٦: ١٦٨).

(٤) «ملتقى الأبحر»(ص١٢٠).

....

....

٣. ومنها: بيعُ الشيءِ على وجهٍ يوجبُ الملكَ للبائعِ في الثمنِ عاجلاً، وللمشتري في المثمَّنِ آجلاً، مسمًّى به؛ لما فيه من وجوبِ تقدُّمِ الثمن، ذكره البِرْجَنْدِيّ.

٤. ومنها: هو عقدٌ يثبتُ الملك في الثمنِ عاجلاً، وفي المثمَّنِ آجلاً، ذكره العلاَّمةُ العَيْنِي ّ[1].

٥. ومنها: شراءُ آجلٍ بعاجل؛ لأنَّ السلَم اسمٌ من الإسلام. ذكرَه العلامةُ الشاميُّ[2] نقلاً عن القُهُسْتَانِيّ[3].

٦. ومنها: ما قال الشارح البارع ﷺ.

وركنه: الإيجابُ والقبول، بأن يقول المشتري: أسلمتُ اليك عشرةَ دراهم في كُرِّ حنطة، وأسلفت، فيقول البائع: قبلت، وينعقدُ بلفظِ البيعِ في الأصحّ، وهو روايةُ الحسنِ عن أبي حنيفة ﷺ.

وصورتُهُ: أن يقول: اشتريتُ أو بعتُ منك كُرَّ بُرّ صفتُهُ كذا، بكذا إلى كذا، على أن توفِّيه في مكان، وقال زفرُ وعيسى بن أبان ﷺ: لا يصحّ، وهو وجهٌ في مذهبِ الشافعيِّ ﷺ؛ لأنَّ السلمَ عقدٌ ثبتَ على خلافِ القياسِ بلفظِ خاصّ، فلا يعدلُ عنه. ولنا: أنَّ كلاً من البيعِ والسَّلَمِ تمليكُ مالٍ بمال، فيكونُ البيعُ اسمُ جنسِهِ فيصابُ به كما يصابُ باسمه، كذا في «كمال الدراية»[4].

وهو مشروعٌ:

١. بالكتاب: وهو آيةُ المداينة، روى الحاكم في «المستدرك»[5] في تفسيرِ سورةِ البقرة، عن ابن عبَّاس ﷺ قال: أشهد أنّ سَلَفَ المضمونِ إلى أجلٍ مسمّى قد أحلّه الله ﷻ

---

(١) في «رمز الحقائق»(٢: ٥٠).
(٢) في «رد المحتار»(٤: ٢٠٣).
(٣) في «جامع الرموز»(٢: ٣٩).
(٤) «كمال الدراية»(ق٤٢٠).
(٥) «المستدرك»(٢: ٣١٤).

....

....

في الكتابِ وأذنَ فيه، قال الله جَلَّ: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِذَا تَدَايَنتُم بِدَيۡنٍ إِلَىٰٓ أَجَلٖ مُّسَمّٗى فَٱكۡتُبُوهُۚ﴾[1] الآية، وقال: حديثٌ صحيحٌ على شرطِ الشيخين، ولم يخرِّجاه، كذا في «نصب الراية»[2].

٢. وبالسنة: وهو ما أخرجَهُ النَّسَائيّ في «سننه»: أخبرنا عبيدُ الله بن سعيد، ثنا يحيى عن شعبة، عن عبد الله بن أبي المجالد قال: سألت ابن أبي أوفى ﷺ عن السلف، فقال: «كنَّا نسلفُ على عهد رسولِ اللهِ ﷺ وأبي بكر وعمرَ في البُرِّ والشعيرِ والتمرِ إلى قومٍ لا أدري أعندهم أم لا. وابن أبزى قال: مثل؛ يعني ذلك السلم في الزبيب»[3].

وعن أبي المنهال قال: سمعتُ ابن عبَّاسٍ ﷺ قال: «قدمَ رسولُ الله ﷺ المدينةَ وهم يسلفونَ في التمرِ السنتينِ والثلاث فنهاهم وقال: من أسلفَ سلفاً فليسلفْ في كيلٍ معلومٍ ووزنٍ معلومٍ إلى أجلٍ معلوم». انتهى.

أخرجه النَّسائيّ في «سننه»[4]، فقوله: إلى أجلٍ معلومٍ من جملةِ شروطه صحَّة السَّلم، والحديث حجَّةٌ على الشَّافِعِيِّ ﷺ ومَن معه في عدمِ اشتراطِ الأجل، وهو مخالفةٌ للنصِّ الصريح.

٣. وبالإجماع: لأنَّهم أجمعوا على جوازِهِ لحاجة النَّاسِ إليه، والقياسُ يأباه؛ لأنَّ المسلمَ فيه يبيعُ وهو معدوم، ولما كان بيعُ موجودٍ غير مملوك، أو مملوك غير مقدورِ التسليمِ ليس بصحيح، فبيعُ المعدومِ أولى، لكنَّا تركناهُ لوجودِ النصوصِ الصريحةِ على جوازِ ما نحن فيه من الكتابِ والسنة.

---

(١) البقرة: ٢٨٢.

(٢) «نصب الراية»(٤: ٤٤).

(٣) في «سنن النسائي»(٤: ٣٩)، وغيره.

(٤) «سنن النسائي»(٤: ٤٠).

صحَّ فيما يُعْلَمُ قدرُهُ وصفتُهُ: كالمكيلِ، والموزونِ مُثمَّناً

السَّلَمُ: بيعٌ الشيء على أن يكون ديناً على البائع بالشَّرائطِ المعتبرةِ شرعاً، فالمبيعُ يسمَّى مُسَلَماً فيه، والثَّمَنُ رأسُ المالِ، والبائعُ مُسَلَّماً إليه، والمشتري ربُّ السَّلَم[1].

(صحَّ[2] فيما يُعْلَمُ قدرُهُ وصفتُهُ: كالمكيلِ[3]، والموزونِ مُثمَّناً): إنَّما قال: مثمَّناً احترازاً عن الموزون الذي يكونُ ثمناً: كالدَّراهم والدَّنانير فإنَّهما أثمان فلا يجوز فيهما السَّلَم[4]

[1]قوله: ربّ السَّلَم؛ لَمّا كان الثمنُ هو المقصودُ حالاً، ولا بدَّ من قبضِهِ في المجلس، جعلَ من المال: أي الذي يقعُ السَّلَمُ فيه وبه بمَنْزلةِ رأسِه؛ لأنَّ رأسَ الإنسانِ أشرفُ ما فيه، ذكره العلامةُ شيخنا الطَّحْطَاويُّ ﷺ في «حاشية الدر المختار»(١).

[2]قوله: صحّ...الخ؛ لقوله ﷺ: «مَن أسلف سلفاً فليسلفْ في كيلٍ معلوم، ووزنٍ معلومٍ إلى أجلٍ معلوم»(٢)، كما تقدَّمَ في حديثِ ابن عبَّاسٍ ﷺ؛ ولأنَّ ما لم يعلم قدرُهُ ووصفُهُ فهو مجهولٌ جهالةً تفضي إلى المنازعة، فلا يجوزُ فيه السَّلَم كما في سائرِ الديون.

[3]قوله: كالمكيل؛ كالحنطةِ والشعيرِ والسمسمِ والزيتِ والملحِ والتمر، وأمَّا الزبيبُ فكيليٌّ عند بعض المشايخ، ووزنيٌّ عند آخرين، والموزونُ كالزَّعفرانِ والمسكِ والثوم والبصل وغيرها، فلو أسلمَ في المكيلِ وزناً، كما إذا أسلمَ في البُرِّ والشعيرِ بالميزان، فيه روايتان، والمعتمدُ الجواز؛ لوجودِ الضبط، وعلى هذا الخلافِ لو أسلمَ في الموزونِ كيلاً، كما صرَّح به في «البحر»(٣).

[4]قوله: فلا يجوز فيهما السَّلَم؛ لأنَّ المُسَلَّم فيه لا بدَّ له أن يكون مبيعاً متعيِّناً بالتعيُّن، والدراهمُ والدنانيرُ ليست كذلك، ولو أسلمَ في الثمنِ يكون السلمُ باطلاً عند عيسى بن أبان ﷺ، وبيعاً صحيحاً بثمنٍ مؤجَّلٍ عند أبي بكرٍ الأعمش ﷺ حملاً لكلامِهما على الصحَّةِ بقدرِ الإمكان.

---

(١) «حاشية الطحطاوي»(٣: ١١٩).

(٢) في «صحيح مسلم»(٣: ١٢٢٦)، و«صحيح البخاري»(٢: ٧٨١)، وغيرها.

(٣) «البحر الرائق»(٦: ١٦٩).

والمذروع كالثَّوبِ مُبيَّناً طولُهُ وعرضُهُ ورقعتُهُ

(والمذروع كالثَّوبِ[1] مُبيَّناً طولُهُ وعرضُهُ ورقعتُهُ): أي غلظتُه وسخافتُه.

وقول ابن أبانَ ﷺ أصحّ؛ لأنَّ المعقودَ عليه هو المُسَلَّم فيه، وإنّما يصحِّحُ العقدُ في محلّ أوجب فيه، وصحَّحهُ في «الهداية»(١) و«كمال الدراية»(٢)، و«النهى» وغيرها، ورجَّحَ في «الفتح»(٣) قولَ أبي بكرٍ الأعمش ﷺ.

وإن شئتَ التفصيلَ فارجعْ إليه وإلى «البحر»(٤)، وهذا الخلافُ فيما إذا أسلمَ غيرَ شيءٍ من النقدين في أحدهما، وأمّا إذا أسلمَ أحدهما في الآخر، فإنّه لا يجوزُ بالإجماع؛ لأنَّ النقدَ بانفرادِهِ يحرّمُ النَّسأ، كذا في «كمال الدراية»(٥).

وأمَّا الفلوسُ فلم تخلقْ للثمنيّة، فلو أسلمَ في الفلوسِ عدداً جاز، وهو ظاهرُ الروايةِ عن الشيخين، وعن محمَّد ﷺ: أنّه لا يجوز، كذا في «الفتاوى المنصوريّة». وفي «الذخيرة»: منهم مَن قال جوازُ السَّلَمِ في الفلوس، ذكره البِرْجَنْدِيّ ﷺ.

[1] قوله: والمذروعُ كالثوب...الخ؛ أي صحَّ السَّلَمُ فيما يعلمُ قدرُهُ وصفتُهُ كالمذروع، إذا بيّن طولَه وعرضَه وغلظتَه وسخافتَه كالثياب؛ لأنَّ مقدارَ الماليَّةِ في الثياب ونحوها معلومٌ بذكرِ هذه الأشياء، والتفاوتُ بغيرها يسيرٌ فلا يضرّ؛ لأنّه لا يفضي إلى المنازعةِ المانعةِ من التسليم والتسلُّم، وهذا في غير الحرير.

أمَّا في الحريرِ فلا بدَّ فيه من ذكرِ الوزنِ أيضاً؛ لأنَّ قيمةَ الثوبِ منه تختلفُ باختلافِ وزنه؛ صرَّحَ به العلاَّمةُ الشُّمُنِّيُّ(٦)، والبِرْجَنْدِيّ وغيرهما من أصحابِ الشروحِ والفتاوى.

فإن قيل: ينبغي أن لا يجوزَ السَّلَمُ في المذروعات؛ لأنَّ السَّلَمَ ثبتَ بخلافِ القياس؛ لأنّه بيعُ المعدوم، والنصُّ وردَ في الكيليّ والوزنيّ.

(١) «الهداية»(٣: ٧١).
(٢) «كمال الدراية»(ق٤٢٠).
(٣) «فتح القدير»(٦: ٢٠٦).
(٤) «البحر الرائق»(٦: ١٦٩).
(٥) «كمال الدراية»(ق٤٢٠).
(٦) في «كمال الدراية»(ق٤٢١).

والمعدودُ مُتقارباً: كالجوزِ، والبيضِ، والفلسِ، واللَّبِنِ، والآجرِ

والمعدودُ[1] مُتقارباً: كالجوزِ، والبيضِ، والفلسِ، واللَّبِنِ، والآجرِ

قلنا: يلحقُ المذروعاتُ بهما بدلالةِ النصِّ لِمَا أنَّ قولَهُ ﷺ: «فليسلم في كيلٍ معلومٍ ووزنٍ معلوم»، إنّما اقتضى الجوازَ في المكيلِ والموزونِ باعتبارِ إمكانِ التسويةِ في التسليمِ على ما وصفَ في المسلمِ فيه، والتسويةُ كما يتحقَّقُ بالكيلِ كذلك يتحقَّقُ بالذرع، فيجوزُ السَّلَمَ في المذروعاتِ بطريقِ الدَّلالة، كذا في «الكفاية»(١).

[1]قوله: والمعدود...الخ؛ وإنّما صحَّ السَّلَمُ في المعدودِ المتقارب؛ لأنّه معلومُ القدرِ محفوظُ الوصف، مقدورُ التسليم، والمرادُ بالمتقاربِ ما لا يكون بين آحادِهِ تفاوتٌ في القيمة، ويضمنُ بالمثلِ كالجوزِ والبيضِ وغيرهما ممَّا عدَّه المصنّف ﷺ.

وأمَّا المتفاوتُ بين آحادها بالصغرِ والكبرِ فساقطُ الاعتبارِ فيما بين النَّاس، وقيّدَ بالمتقارب؛ لأنَّ المتفاوتَ كالبطيخِ والرُّمانِ والسَّفرجلِ لا يصحُّ السَّلَمُ فيه عدداً لتفاوتِ آحاده في القيمة.

والجوزُ: ثمرٌ معروفٌ معرَّبُ كَوْز، جمعه: جوزات، كذا في «القاموس»(٢)، والمرادُ الجوزُ الشاميُّ والفرنجيّ؛ لعدمِ التفاوتِ فيه، لا الجوزُ الهندي، كذا في «البحر»(٣).

والبيضُ: تخمهاي مرغ، جمع بيضة. كذا في «المنتخب»، ظاهرُ الروايةِ أنَّ بيضَ النَّعامِ من المتقارب، وفي روايةِ الحسنِ عن الإمام ﷺ: لا يجوزُ لتفاوتِ آحاده، والوجهُ أن ينظرَ إلى الغرضِ من العرف، فإن كان الغرضُ منه الأكل فقط، كعرفِ أهل البوادي، وجبَ العملُ بالروايةِ الأولى.

وإن كان الغرضُ منه القشر للاتِّخاذِ في سلاسلِ القناديل، كما هو شائعٌ في مصرَ وغيرها من البلاد، وجبَ العملُ بالروايةِ الثَّانية، ووجبَ مع ذكرِ العددِ تعيينُ المقدارِ واللَّونِ من نقاءِ البياضِ وإهداره، صرَّح به في «الفتح القدير»(٤).

---

(١) «الكفاية»(٦: ٢٠٧ - ٢٠٨).

(٢) «القاموس»(٢: ١٧٦).

(٣) «البحر الرائق»(٦: ١٧٠).

(٤) «فتح القدير»(٦: ٢٠٨).

بملبن معيّنٍ. فصحَّ في السَّمكِ المليح

بملبن معيّنٍ[١].

فصحَّ في السَّمكِ المليحِ): أي القديدُ(١) بالملحِ، يقال: سمكٌ مَليحٌ ومَمْلُوحٌ، ولا يُقال[٢]: مالحٌ إلاَّ في لغةٍ رديئةٍ(٢)

وأمّا الفلسُ: فجوازُ السلمِ فيه مذكورٌ في «الجامع الصغير»(٣) مطلقاً من غير ذكرِ خلافٍ لأحد، وقيل: جوازُهُ عند أبي حنيفةَ وأبي يوسف ﷺ؛ لأنَّ الثمنيةَ في حقِّ المتعاقدينِ باصطلاحهما، فتبطلُ باصطلاحِهما، وإذا بطلتْ صار مثمّناً يتعيَّنُ بالتعيّن، فجازَ السلمُ فيه.

وعند محمَّدٍ ﷺ لا يجوز؛ لأنَّ الفلوسَ أثمان، ولا يجوزُ السَّلَم في الأثمانِ بالإجماعِ كما إذا أسلم في الدراهمِ والدنانيرِ فلا يجوز، فكذا هاهنا.

[١]قوله: بملبن معيّن؛ ولا حاجةَ إلى قيدِهِ ببيانِ صفتهِ ومكانِ ضربه، كما وقعَ في «التنوير»(٤)؛ لأنَّ اللَّبن إذا كان معيّناً لم يحتجْ إلى ذلك البيان، أمّا إذا كان غيرَ معيّن فلا بدَّ من كونِهِ معلوماً ومعلّم، كما في «الجوهرة» بذكرِ عرضِهِ وطوله وسمكه.

[٢]قوله: لا يقال...الخ؛ قال في «المصباح المنير»(٥): وقال الأَزْهَرِيُّ: إذا كثرتِ الملح قلت: ملَّحها تمليحاً، وسمكٌ مِلْحٌ ومَمْلُوحٌ ومَليح، وهو المقدَّر، ولا يقال: مالحٌ إلا في لغةٍ رديئة، ومَلُحَ الماءُ مُلُوحةً، هذه لغةُ أهلِ العالية، والفاعلُ منها: مَلِح، بفتح الميم وكسرِ اللام، مثل: خَشُنَ خُشُونةً فهو خَشِنٌ، هذا هو الأصلُ في اسمِ الفاعل.

وبه قرأ طلحةُ بن مصرف ﷺ، ﴿وَهَٰذَا مِلْحٌ أُجَاجٌ﴾(٦)، لكن لَمّا كثرَ استعمالُهُ خفِّفَ وقد اقتصرَ في الاستعمالِ عليه، فقيل: مِلْح: بكسرِ الميمِ وسكون اللام، وأهلُ

(١) قدَّد اللحم: قطعه طولاً وملّحه وجفّفه في الهواء والشمس. ينظر: «المعجم الوسيط» (ص٧١٨).

(٢) لكنّه لغة لا تنكر وإن كانت قليلة: أي لم يجئ على فِعْلِه، وهو لغة أهل الحجاز. ينظر: «المصباح» (٥٧٨).

(٣) «الجامع الصغير»(ص٣٢٤).

(٤) «تنوير الأبصار»(ص١٣٨).

(٥) «المصباح المنير»(ص٥٧٨).

(٦) الفرقان: ٥٤٣.

والطري في حينه فقط

(والطري في حينه فقط): أي السَّلَمُ في السَّمكِ الطَّري لا يجوزُ إلا في حينٍ يوجدُ[1] السَّمَكُ في الماءِ

الحجازِ يقولون: أَمْلَحَ الماءُ إمْلاحاً، والفاعل: مالِحٌ من النَّوادرِ التي جاءت على غيرِ قياسٍ نحو: أبقلَ الموضعُ [فهو] باقلٌ، وأغضى الليلُ فهو غاضٌ، وأنشدَ ابنُ فارس ﷺ: وماءُ قوم مالحٌ ونافعٌ

ونقلَهُ أيضاً عن [ابن] الأَعْرَابيّ، وأنشدَ بعضُهم لعمرو بن أبي ربيعة:

لأصبحَ ماءُ البحرِ من رِيقِها عَذِبا | فلو تفلَتْ في البحرِ والبحرُ مالحٌ

ونقلَ الأَزْهَرِيُّ: اختلافَ الناسِ في جوازِ مالح، ثم قال: ماءٌ مالحٌ ومِلحٌ أيضاً، وفي نسخةٍ من «التهذيب»: قلت: مالح: لغة لا تنكرُ وإن كانت قليلة.

وقال في «المجرَّد»: ماءٌ مالحٌ ومِلْحٌ بمعنىً، وعبارةُ المتقدِّمين فيه، ومالحٌ قليل، ويعنون بقلَّتِه كونِهِ لم يجيء على فِعْلِهِ، فلم يهتدِ بعضُ المتأخِّرين إلى مفادهم، وحملوا القلَّةَ على الشهرةِ والثبوت، وليس كذلك.

بل هي محمولةٌ على جريانِهِ على فِعْلِه، وقد نُقِلَ أنَّها لغةٌ حجازيّة، وصرَّحَ أهلُ اللّغةِ بأنَّ أهلَ الحجازِ كانوا يختارون من اللُّغاتِ أفصحها ومن الألفاظ أعذبها فيستعملونه؛ ولهذا نَزَلَ القرآنُ بلغتِهم، وكان منهم أفصحُ العرب، وما ثبتَ أنّه من لغتِهم لا يجوزُ القولُ بعدمِ فصاحته. انتهى. بأدنى اختصار.

وقد عرفتَ من هذه العبارةِ أنَّ المالحَ من لغةِ أهلِ الحجاز، ويستعملونه في محاوراتِهم، وليس المقصودُ من قِلَّتِهِ قلَّةُ الشهرةِ والثبوت، فقول الشارح ﷺ: لا يقال: مالحٌ إلا في لغةٍ رديئة؛ ليس ممّا أحصله.

[1]قوله: **لا يجوزُ إلا في حين يوجد**...الخ؛ فإن كان ينقطعُ في بعضِ السنةِ كما ينقطعُ في الشتاءِ في بعضِ البلادِ لانجمادِ الماءِ فلا ينعقدُ في الشتاء، ولو أسلمَ في الصيفِ وجبَ أن يكون الأجلُ لا يبلغُ الشتاء.

وهذا معنى قولُ محمَّد ﷺ: لا خيرَ في السمكِ الطريِّ إلاَّ في حينه: يعني أن يكونَ السَّلَمُ مع شروطِهِ في حينه كيلا ينقطعَ بعد العقدِ والحلول، وإن كان في بلدٍ لا ينقطعُ

وزناً وضرباً معلومين، والطَّسْتُ، والقُمْقُمةُ، والخُفَّينِ إلاَّ إذا لم يعرفْ به، لا فيما لا يُعْلَمُ قَدْرُهُ وصفتُهُ كالحيوان

(وزناً وضرباً معلومين): أي لا بُدَّ أن يُذْكَر وزنٌ معلومٌ، ونوعٌ معلومٌ، **(والطَّسْتُ**(١)**، والقُمْقُمةُ**[١]**، والخُفَّينِ**[٢] **إلاَّ إذا لم يعرفْ به)**: أي بالصِّفَة.

(لا فيما لا يُعْلَمُ قَدْرُهُ وصفتُهُ كالحيوان)، وعند الشَّافِعِي[٣](٢) ﷺ يجوزُ

جاز مطلقاً. فأمَّا المليح فإنّه يدَّخرُ ويباعُ في الأسواقِ فلا ينقطعُ حتى لو كان ينقطعُ في بعضِ الأحيانِ لا يجوز، كما صرَّحَ به العلاَّمةُ الشامي(٣)، وغيره.

وزناً وضرباً معلومين: هذا في كبارِ السمك، وأمَّا الصغارُ منهُ فالسَلَمُ جائزٌ فيه وزناً معلوماً طريّاً كان أو مليحاً، ذكرَه البِرْجَنْدِيّ، وعن أبي حنيفةَ ﷺ: إنّه لا يجوزُ في لحمِ الكبار منها، وهي التي تقطع اعتباراً بالسَلَمِ في اللَّحم عنده، كذا في «الهداية»(٤).

[١]قوله: القمقمة: كقنفذة كماسه، كذا في «منتهى الأرب»، وكذا في «الصراح»، وفي «البرهانِ القاطع»: كماسه كاسه جوبين باشد. انتهى.

وقال في «المصباح المنير»: «القُمْقُم: آنيةُ العطَّار، والقُمْقُمُ أيضاً آنيةٌ من نحاسٍ يُسَخَّنُ فيها الماء، وأهلُ الشامِ يقولونه: غلايّة، والقُمْقُم: رومي معرَّب، وقد يؤنَّثُ بالهاء، فيقال: قُمْقُمة، وعاءٌ من صفر، يستصحبُهُ المسافر، والجمعُ القماقم». انتهى(٥).

[٢]قوله: والخُفَّين؛ بأن يقالَ للخفاف: أحرز لي من أديمكَ خفّاً يوافق رجلي بكذا، ويريه رجله.

[٣]قوله: **وعند الشافعي** ﷺ...الخ؛ حاصلُه أنَّ السَّلَمَ في الحيوانِ يجوزُ عنده؛ لأنَّ الحيوانَ يصيرُ معلوماً إذا بيَّنَ جنسه كالإبلِ ونحوه، ونوعه كالبختيّ والعربيّ، ووصفه

---

(١) الطَّسْتُ: من آنية الصُّفر، أنثى وقد تذكر، قال الجوهري: الطَّسْتُ: الطَّسُّ: بلغة طيء أبدل من إحدى السينين تاء للاستثقال، فإذا جمعت أو صغرت رددت السين؛ لأنك فصلت بينهما بألف أو ياء، فقلت: طساس، وطسيس. ينظر: «اللسان»(٤: ٢٦٧٠).

(٢) ينظر: «الأم»(٨: ١٨٩)، و«حاشيتا قليوبي وعميرة»(٢: ٣١٣)، و«تحفة المحتاج» (٥: ٢٢)، وغيرها.

(٣) في «رد المحتار»(٤: ٢٠٤).

(٤) «الهداية»(٣: ٧٢).

(٥) من «المصباح المنير»(٣: ٧٢).

وأطرافِهِ

في الحيوانِ ؛ لأنَّه يتعيَّن بذكرِ الجنسِ والنوعِ والصِّفةِ. قلنا[١] : في ذلك فحشُ التَّفاوتِ ، (وأطرافِهِ[٢]) : كالرُّؤوسِ والأكارع[٣]

كالسمينِ والهزال ، والتفاوتُ بعد هذا البيانِ يسير ، فأشبهَ الحيوانَ بالثِّياب ، فإنَّ فيها بعد ذكرِ الذرعِ والصفةِ والنوعِ لا يبقى إلا تفاوتٌ يسير ، فيجوزُ السلمُ فيها ، فينبغي أن يجوزَ هاهنا أيضاً.

[١]قوله : **قلنا** ؛ حاصلُهُ أنَّ قياسَ الحيوانِ على الثيابِ قياسٌ مع الفارق ؛ لأنَّ في الحيوانِ بعد بيانِ الجنسِ والنوعِ والصفةِ تفاوتاً فاحشاً ، باعتبارِ المعاني الباطنةِ كالصباحةِ والملاحةِ وغيرهما ممَّا لا دخلَ فيه لأحد ، فهذا التفاوتُ يفضي إلى المنازعةِ بخلافِ الثياب ، فإنّها من صنيعِ العباد.

فإذا اتَّحد الصانعُ والآلةَ اتَّحدَ الصنيع ، ولا يتفاوتُ في الماليَّةِ إلا قليلاً ، والحيوانُ صنيعُ الله جَلَّ جَلالُهُ ؛ وذلك يكون على ما يريدُهُ تعالى ، فقد كان على وجهٍ لا يوجدُ له نظير ، وفي مثلِهِ لا يجوزُ السَّلَمُ بالاتِّفاق ، هذا مُلَخَّصُ ما قرَّرهُ العلاَّمةُ العَيْنِي(١).

ولنا أيضاً : ما أخرجَهُ الحاكمُ في «المستدرك» ، والدَّارَقُطْنِيُّ في «سننه» : عن ابن عبَّاسٍ رضي الله عنهما أنَّ النبيَّ صلى الله عليه وسلم : «نهى عن السَّلَفِ في الحيوان»(٢) ، قال الحاكم : حديثٌ صحيحُ الإسناد ، ولم يخرِّجاه ، ذكرَهُ العلاَّمةُ الزَّيْلَعِيُّ في «تخريجه»(٣).

[٢]قوله : **وأطرافه** ؛ وإنّما لا يجوزُ السَّلَمُ فيها لكونِها متفاوتة ، وتفاوتُها معتبرٌ بين النَّاس ، فتفضي إلى النِّزاع ، وقال في «الفتح»(٤) : وعندي لا بأسَ بالسَّلمِ في الرؤوسِ والأكارعِ وزناً بعد ذكرِ النوعِ وباقي الشروط ، فإنَّها من جنسٍ واحد ، وحينئذٍ لا تتفاوتُ تفاوتاً فاحشاً. انتهى.

[٣]قوله : **والأكارع** ؛ قال في «الصراح» : كراعُ بالضم : بارجه كَوسفند وكَاوو جزآن ، وهو بمنْزلةِ الوظيفِ في الفرسِ والبعير ، وهو مشدقُ الساق ، يذكَّر ويؤنَّث : أكرع وأكارع ج. انتهى.

---

(١) في «البناية»(٦ : ٦١٣).

(٢) في «المستدرك»(٢ : ٦٥) ، و«سنن الدارقطني»(٣ : ٧١) ، وغيرها.

(٣) «نصب الراية»(٤ : ٤٦).

(٤) «فتح القدير»(٦ : ٢١٢).

وجلودِهِ عدداً، والحطبِ حُزَماً، والرَّطْبَةِ جُرَزاً، والجواهرِ، والخَرَزِ، وبصاعٍ وذراعٍ معيَّنٍ لم يدرِ قدرَه

(وجلودِهِ[١] عدداً، والحطبِ حُزَماً، والرَّطْبَةِ(١) جُرَزاً).

الحزم: جمعُ الحزمةِ، وهي بالفارسيةِ «بندهيزم».

والجرزُ: جمعُ الجرزة، وهي بالفارسيةِ «دسته تره».

وإنَّما لا يجوزُ في الحطبِ للتَّفاوت حتى إن بَيَّنَ طولَ ما يُشَدُّ به الحزمة يجوز[٢].

(والجواهرِ، والخَرَزِ[٣]، وبصاعٍ وذراعٍ[٤] معيَّنٍ لم يدرِ قدرَه

[١]قوله: وجلوده؛ أي لا يجوزُ السَّلَمُ في جلودِ الحيوان، وقال في «النهاية»: قال مالكٌ ﷺ: يجوز؛ لأنَّهُ مقدورُ التسليم، معلومُ المقدارِ بالوزنِ والصفة، ولكنّا نقول: الجلودُ لا توزنُ عادةً، فلم يجزْ وزناً بالطَّريقِ الأولى، ولكنَّها تباعُ عدداً، وهي عدديَّةٌ متفاوتٌ فيها الصّغيرُ والكبير، فلا يجوزُ السَّلَم فيها؛ لأنّه مفضٍ إلى المنازعة. انتهى.

وفي «الذخيرة»: إنَّ بيَّنَ للجلودِ ضرباً معلوماً يجوز؛ لانتفاءِ المنازعة، كذا في «العناية»(٢).

[٢]قوله: يجوز؛ إلا إذا كان على وجهٍ يتفاوتُ فلا يجوز؛ لأنَّه مفضٍ إلى المنازعة، كما صرَّحوا به.

[٣]قوله: والجواهرُ والخَرَز؛ أي لا يجوزُ السلمُ في الجواهرِ كالياقوتِ والفيروزج، ولا يجوزُ في الخَرَز، وهو الذي ينظم، وخرزاتُ الملكِ جواهرُ تاجِه، وكان إذا ملك عاماً زيدت في تاجِهِ خرزةٌ ليعلمَ عددَ سنيِّ ملكِه، قال الجَوْهَرِي: وذلك كالعقيقِ والبلور، ووجهُ عدمِ جوازِ السَّلَمِ فيها تفاوتُ آحادها تفاوتاً فاحشاً، وكذا لا يجوزُ في اللآلئ الكبار، كذا في «النهر».

وأمَّا في صغارِ اللآلئ التي تباعُ وزناً للكحلِ والتداوي فيجوزُ السَّلَم فيها؛ لأنَّها ممّا يصيرُ معلوماً، فلا تتفاوتُ في الماليّة.

[٤]قوله: وبصاعٍ وذراعٍ...الخ؛ أي لا يجوزُ السَّلَمُ بصاعٍ معيَّنٍ وذراعٍ معيَّنٍ لا يدرى قدرُ ذلك الصاعِ والذراع؛ لأنّه يحتملُ أن يضيعَ فيؤدِّي إلى النِّزاع بخلافِ البيع

---

(١) الرَّطْبة: القَضْبة خاصّة ما دام رطباً، والجمع رطاب. ينظر: «مختار»(ص٢٤٦).

(٢) «العناية»(٦: ٢١٢).

وبُرٌّ قريةٍ وثمرِ نخلةٍ معيَّنتين، وفيما لم يوجدْ من حين العقدِ إلى حينِ المحلّ

وبُـرٌّ قـريةٍ وثمرِ نخلةٍ معيَّنتينِ[1]، وفيما لم يوجدْ[2] من حين العقدِ إلى حينِ المحلّ): وعند الشَّافِعِيِّ[1] رضي الله عنه يجوزُ إذا كان موجوداً وقتَ المحلِّ للقدرةِ على التَّسْليمِ حالَ وجودِه.

حالاً حيث يجوز؛ لأنَّ التسليمَ به يجبُ في الحال، فلا يتوهّم فوته، وفي السَّلَمِ بتأخيرِ التسليمِ فيخافُ فوتُه.

[1]قوله: **وبرّ قرية وثمرة نخلةٍ متعيِّنتين**؛ أي لا يجوزُ السَّلَمُ فيهما؛ لاحتمالِ أن يعتبرَ بهما آفة فينقطعا عن أيدي الناس، فلا يقدر على تسليمهما، ولو أسلمَ في بُرِّ ولايةٍ يجوز؛ لأنَّ وصولَ الآفةِ لبرِّ كلِّ الولايةِ نادر، وهذا إذا كانت النسبةُ إلى قريةٍ ليؤدّي من بُرِّها.

وإذا كانت النسبةُ إلى قريةٍ معيَّنةٍ لبيانِ الصفةِ لا لتعيينِ الخارجِ من أرضِها بعينه، كالخَشْمَرَانِيّ ببُخارا والبَسَاخيّ: وهي قريةٌ حنطتُها جيّدة بفرْغَانة، لا بأسَ به؛ لأنّه لا يرادُ خصوصُ الثابتِ هناك، بل الإقليم، ولا يتوهَّمُ انقطاعُ طعامِ إقليمٍ بكمالِه، فالسَّلَمُ فيه وفي طعامِ العراقِ والشامِ سواء، وكذا في ديارِ مصرَ في قمحِ الصعيد، وإن شئتَ زيادةَ التفصيلِ فارجعْ إلى «الفتح»[2].

[2]قوله: **وفيما لم يوجد**...الخ؛ أي لا يجوزُ السَّلَمُ فيما لا يوجدُ من حينِ العقدِ إلى حينِ المحلِّ هذه المسألةُ على وجوهٍ أربعة:

١. إن كان المسلَّمُ فيه موجوداً عند العقد، منقطعاً عن أيدي الناسِ عند حلولِ الأجلِ لا يصحُّ اتفاقاً.

٢. وإن كان منقطعاً وقتَ العقدِ موجوداً في أيدي الناسِ عند المحلّ.

٣. أو كان موجوداً عند العقدِ وعند المحل، ومنقطعاً فيما بينهما لا يصحُّ عندنا خلافاً للشافعيّ رضي الله عنه.

٤. وإن كان موجوداً من وقتِ العقدِ إلى وقت المحلِّ يصحُّ اتّفاقاً.

---

(١) ينظر: «المنهاج»(٢: ١٠٦)، و«أسنى المطالب»(٢: ١٢٦)، و«نهاية المحتاج»(٤: ١٩٢)، وغيرها.

(٢) «فتح القدير»(٦: ٢٢٠).

....

ولنا: قوله ﷺ[1]: «لا تسلموا[2] في الثِّمارِ حتى يبدو صلاحُها»، ولأنَّه[3] عقدُ المفاليس فلا بُدَّ[4] من استمرار الوجودِ في مدَّةِ الأجل ليتمكَّنَ من التَّحصيل.

وحدُّ الانقطاع: هو أن لا يوجدَ في السُّوقِ الذي يباعُ فيه، وإن كان يوجدُ في البيوت. كذا في «الذخيرة»، ذكر العلامةُ الكِرْمَانيُّ في «الكفاية»(1).

[1]قوله: قوله ﷺ... الخ؛ أخرجه أبو داود، وابن ماجة، واللَّفظُ له(2)، وأخرجَ البُخاريُّ عن البختريّ قال: سألتُ ابنَ عمرٍ ﷺ عن السَّلَمِ في النخل، فقال: «نهى رسولُ الله ﷺ عن بيعِ النخلِ حتى يصلحَ، وعن بيعِ الورقِ نسيئاً بناجز»(3)، وسألت ابن عبَّاسٍ ﷺ عن السَّلَمِ في النخل، فقال: «نهى النبيُّ ﷺ عن بيعِ النخلِ حتى تؤكل منه»، كذا في «نصب الراية»(4).

[2]قوله: لا تسلموا...الخ؛ الحديثُ دلَّ على أنَّ القدرةَ عند المحلِّ غيرُ كافيةٍ لجوازِ العقد، إذ لو [كان] لم يكنْ لتقييدِ النَّبيِّ ﷺ بقوله: «حتى يبدو صلاحها» فائدة، وعلى أنَّ الوجودَ معتبرٌ من حين العقدِ إلى حينِ المحل، كذا في «الكفاية»(5).

[3]قوله: ولأنه...الخ؛ ولاحتمالِ موتِ المُسَلَّمِ إليه بعد العقدِ قبل أن يبلغَ المحلّ، إذ يحلُّ الأجلُ ويلزمُ التسليم، والاحتمالُ في هذا العقدِ ملحقٌ بالحقيقة، كذا في «مجمع الأنهر»(6).

[4]قوله: فلا بدَّ...الخ؛ يعني أنَّ المسلَّمَ فيه وإن وجدَ عند المحلّ لكن من الجائزِ أن لا يقدرَ المسلَّمُ إليه على اكتسابِهِ حينئذٍ، فيشترطُ الوجودُ في جملةِ المدَّة، حتى لو لم يقدرْ بعضَ الزمانِ يقدر في البعضِ الآخر، كذا في حواشي «الهداية»(7).

---

(1) «الكفاية»(٦: ٢١٣).

(2) في «سنن أبي داود»(٣: ٢٧٦)، و«سنن ابن ماجة»(٢: ٧٦٧)، وغيرها.

(3) في «صحيح البخاري»(٣: ٧٨٣)، وغيرها.

(4) «نصب الراية» (٤: ٤٩).

(5) «الكفاية»(٦: ٢١٣ - ٢١٤).

(6) «مجمع الأنهر»(٢: ١٠٠).

(7) «الكفاية» و«العناية»(٦: ٢١٣ - ٢١٤).

ولا في اللَّحْم، وشروطُهُ: بيانُ جنسِهِ

(ولا في اللَّحْمِ)، هذا عند أبي حنيفةَ[١] ﷺ، وقالا[٢](١): يصحُّ إن بيَّنَ جنسَهُ ونوعَهُ وصفتَهُ وموضعَهُ وقدرَهُ كشاةٍ خصيَّةٍ وثنيٍّ سمينٍ من الجنبِ مئة مَنّ.

(وشروطُهُ[٣]:

١. بيانُ جنسِهِ[٤]

[١]قوله: عند أبي حنيفة ﷺ؛ له أنَّه يختلفُ باختلافِ كبر العظمِ وصغرِهِ فيؤدِّي إلى المنازعة، وفي منزوعِ اللَّحمِ روايتان عن أبي حنيفة ﷺ: في روايةِ الحسنِ عن زياد ﷺ: يجوز، وفي روايةِ ابن شجاع ﷺ: لا يجوز؛ لأنّه يختلفُ بالسمنِ والهزال، صرَّح به العلامةُ العَيْنِيُّ ﷺ(٢)، وغيره.

[٢]قوله: وقالا...الخ؛ وبه قالت الثلاثة، وعليه الفتوى، كذا في «البحر»(٣).

ولهما: إنّه موزونٌ مضبوطُ الوصف، فصارَ كالإليةِ والشحم، بخلافِ لحمِ الطيور؛ فإنّه لا يقدرُ على وصفِ مواضعَ منه، كذا في «الرمز»(٤).

[٣]قوله: وشروطه؛ والمراد بها الشروطُ التي تذكرُ في العقد؛ لأنَّ للسَّلَم شروطٌ سكتَ عنها المصنِّف ﷺ؛ لأنّها لم يشترطْ ذكرها في السَّلَم، بل وجودها فقط، كعدمِ الخيار، وعدم علّتي الربا وغيرهما.

[٤]قوله: جنسه؛ ليس المرادُ بالجنسِ وكذا بالنوعِ ما اصطلحَ عليه المنطقيّون، بل ما اصطلحَ عليه الأصوليّون والفقهاء، فالجنس عندهم: كلُّ مقولٍ على أفرادٍ مختلفةٍ من حيث المقاصدِ والأحكام، والنوعُ عندهم كليٌّ يقالُ على أفراد متَّفقة من حيث المقاصد والأحكام.

فالإنسانُ مثلاً جنسٌ عند الفقهاءِ والأصوليين؛ لاختلافِ أفرادِهِ في المقاصدِ والأحكام، فإنَّ الذكرَ منه مخلوقٌ لمصالحَ لم تخلقْ الأنثى لها، ولكلِّ واحدٍ منهما تفرُّقٌ

(١) والفتوى على قولهما. كما في «البحر»(٦: ١٧٢)، و«الفتح»(٦: ٢١٦)، و«الدر المختار»(٤: ٢٠٥)، وغيرها.
(٢) في «رمز الحقائق»(٢: ٥٢).
(٣) «البحر الرائق»(٦: ١٧٢).
(٤) «رمز الحقائق»(٢: ٥٢).

كبُرّ وشعير. ونوعِهِ: كسقيَّة أو بَخْسية. وصفتِهِ: كجيدٍ ورديءٍ. وقدرِهِ معلوماً نحو كذا كيلاً لا ينقبضُ ولا ينبسطُ

٢. كبُرٍّ وشعير[1].

٣. ونوعِهِ: كسقيَّة أو بَخْسية): أي حنطةٌ سقيةٌ: أي التي تُسْقَى منسوبةً إلى السَّقي، والبخسيةُ: أي التي لا تُسْقَى منسوبةً إلى البَخْس، وهو الأرضُ التي تُسْقَى بماءِ السَّماءِ، سميِّت بذلك لأنَّها مبخوسةُ الحظِّ من الماء.

٤. (وصفتِهِ: كجيدٍ ورديءٍ[2].

وقدرِهِ معلوماً نحو كذا كيلاً لا ينقبضُ ولا ينبسطُ[3])

في الأحكامِ المخصوصة، وللعبدِ أحكامٌ مخصوصة لا توجدُ في الحرّ، وعلى هذا القياس، ونوعٌ عند المنطقيين، والتفصيلُ في كتب الأصول.

[1]قوله: كبُرٍّ وشعير، ومن قال: كصعيديّة أو بحريّة، [بيان للجنس] فقد وهم، وإنّما هو بيانُ النوع، كما في «البحر»(١).

[2]قوله: كجيِّدٍ ورديء؛ لا شكَّ أنَّ للمبيعِ أوصافاً كثيرة، لكنّ المعتبرَ بيانُ وصفٍ مقصودٍ تختلفُ به القيمةُ اختلافاً ظاهراً.

[3]قوله: لا ينقبضُ ولا ينبسط؛ قال في «الهداية»(٢): «ولا بدَّ أن يكونَ المكيالُ ممّا لا ينقبضُ ولا ينبسطُ كالقِصَاع مثلاً، فإن كان ممّا ينكبسُ بالكبسِ كالزِّنْبيلِ والجراب لا يجوزُ للمنازعةِ إلا في قربِ الماءِ للتَّعاملِ فيه، كذا رويَ عن أبي يوسف ﷺ». انتهى.

واعترضَ عليه الزَّيْلَعِيُّ ﷺ(٣) بأنَّ هذا التفصيل إنّما يستقيمُ في البيع حالاً حيث يجوزُ بإناءٍ لا يُعْرَفُ قدرُه، بشرطِ أن لا ينكبسَ ولا ينبسط، ويقيَّدُ فيه استثناءُ قربِ الماء، ولا يستقيمُ في السَّلَم؛ لأنّه إن كان لا يُعْرَفُ قدرُه لا يجوزُ السَّلَم به مطلقاً، وإن عرفَ قدرَه فالسَّلَمُ به لبيانِ القدر لا لتعيينه، فكيف يتأتّى فيه الفرقُ بين المنكبسِ وغيره. انتهى.

وأجابَ في «النهر» بأنّه إذا أسلم بمقدارِ هذا الوعاءِ بُرّاً وقد عرفَ أنّه دبية مثلاً جاز، غير أنّه إذا كان ينقبضُ وينبسطُ لا يجوز؛ لأنّه يؤدّي إلى النِّزاع وقتَ التسليمِ في

---

(١) «البحر الرائق»(٦: ١٧٣).

(٢) «الهداية»(٣: ٧٣).

(٣) في «التبيين»(٤: ١١٤).

أو وزناً. وأجلِهِ معلوماً

فلا يجعلُ الزِّنْبيلُ[١](١) كيلاً، (أو وزناً.

٥. وأجلِهِ معلوماً)، هذا عندنا، وأمَّا عند الشَّافِعِيّ[٢](٢) ﷺ يُجوزُ السَّلَمُ في الحال

الكبسِ وعدمه؛ لأنّه عند بقاءِ عينِهِ يتعيّن، وقولُ الزَّيْلَعِيِّ: لا لتعيينِه؛ ممنوع، نعم هلاكُهُ بعد العلمِ بمقدارِهِ لا يفسدُ العقد. انتهى.

وقال العلاَّمةُ الشاميُّ ﷺ(٣): قلت: ولا يخفى ما فيه؛ لأنَّ الوعاءَ إذا تحقَّقَ معرفةُ قدرِهِ لا يتعيَّنُ قطعاً، وإلا فسدَ العقدُ بعد هلاكه، ولا نِزاعَ بعد معرفةِ قدرِه؛ لإمكانِ العدولِ إلى ما عرفَ من مقداره، فيسلِّمُهُ بلا منازعة، كما إذا هلك؛ لأنَّ الكلامَ فيما عُرِفَ قدرُه.

ويظهرُ في الجوابِ عن «الهداية» بأنَّ قوله: ولا بدَّ... الخ؛ بيانٌ لما يُعْرَفُ قدرُه لا شرطٌ زائدٌ عليه، ويكون المرادُ أنّه إذا كان مّما ينقبضُ وينكبسُ بالكبسِ لا يتقدَّرُ بمقدارٍ معيَّن؛ لتفاوتِ الانقباضِ والكبس، فيؤدّي إلى النِّزاع؛ ولذا لم يجزِ البيعُ فيه حالاً، فكلامُ الزَّيْلَعِيِّ ﷺ واردٌ على ما يتبادرُ من كلامِ «الهداية» من أنّه شرطٌ زائدٌ على معرفةِ القدرِ على ما قلنا. انتهى.

[١]قوله: الزِّنْبيل؛ - بكسرِ الزاء -، صرَّح به في «العناية»(٤)، قال في «منتهى الأرب»: زنبيل: طرفي باشد له انر ازبور يابا فندودوسة بران نصب كنند وكوشت وغيره دران كزارند وازجاى بجاى برند. انتهى.

[٢]قوله: عند الشافعيّ ﷺ...الخ؛ له أنّه ﷺ رخَّصَ فيه مطلقاً، فاشتراطُ التأجيل فيه زيادةٌ على النّص.

---

(١) الزِّنْبيل: الجراب. وقيل: الوعاء يحمل فيه. والقُفَّة، والجمع زنابيل. ينظر: «اللسان»(٣: ١٨٠٨).

(٢) ينظر: «حاشية تحفة المحتاج»(٥: ١٠)، و«الإقناع»(ص٣: ٥٣)، و«المنهاج»(٢: ١٠٥).

(٣) في «رد المحتار»(٤: ٢٠٥ - ٢٠٦).

(٤) «العناية»(٦: ٢١٩).

وأقلُّهُ شهرٌ في الأصحِّ

(وأقلُّهُ شهرٌ في الأصحِّ[1](١))

ولنا: قوله ﷺ في آخرِ الحديث: «إلى أجلٍ معلومٍ»(٢)، وسوقُ الكلامِ لبيانِ شرطِ السَّلَمِ لا لبيانِ الأجل، ولأنَّ السَّلَمَ إنّما شرعَ رخصةً للفقراء، فلا بدَّ من مدَّةٍ ليقدرَ على التحصيلِ والتتميمِ والإيصالِ والتسليم، لا يقال: إنّه لو كان السَّلَمَ مشروعاً لدَفعِ حاجةِ الفقراءِ فينبغي أن يختصَّ بحالةِ الإفلاس؛ لأنَّ الإفلاسَ أمرٌ باطنٌ لا يمكنُ الوقوفُ على حقيقتِه.

والشرعُ بنى هذه الرخصةَ على الحاجة، فبقي على السببِ الظاهرِ الدَّالِ على الحاجةِ ليمكننا تعليقُ الحكمِ به، والبيعُ بالخسرانِ دليلُ الحاجة، كذا في «الكفاية»(٣)، وغيرها.

[1]قولُه: في الأصح؛ كذا روي عن محمّد ﷺ، وعليه الفتوى؛ لأنَّ ما دونه عاجل، والشهرُ وما فوقه آجل، بدليلِ مسألةِ اليمين، وهي أنَّ المديونَ إذا حلف: ليقضينَّ دينَهُ عاجلاً فقضاه قبل تمامِ الشهرِ برَّ في يمينه، وإذا كان ما دونَ الشهرِ في حكم العاجل، كان الشهرُ في حكمِ العاجل.

وقال الصدرُ الشهيد ﷺ: والصحيحُ ما رواه الكرخيُّ ﷺ أنّه مقدَّرٌ بما يمكنُ فيه تحصيلُ المُسَلَّم فيه.

وقال في «الفتح»(٤): وهو جديرٌ بأن لا يصحّ؛ لأنّه لا ضابطَ يتحقّقُ فيه، وكذا ما عن الكَرْخِيّ ﷺ من روايةٍ أخرى: إنّه ينظرُ إلى مقدارِ المسلّم فيه، وإلى عرفِ النَّاسِ في تأجيلِ مثله، وكل هذا تنفتحُ فيه المنازعات بخلاف المقدار المعيّن من الزمان. انتهى.

وقال في «البحر الرائق»(٥): هو جديرٌ بأن يصحَّ ويعوَّلُ عليه فقط؛ لأنَّ من الأشياءِ ما لا يمكنُ تحصيلُهُ في شهرٍ فيؤدّي التقديرُ بهِ إلى عدمِ حصولِ المقصودِ من الأجل، وهو القدرةُ على تحصيلِه. انتهى.

---

(١) وعليه الفتوى. كما في «فتح القدير»(٦: ٢١٩)، و«رد المحتار»(٥: ٢١٥).

(٢) في «سنن النسائي»(٤: ٤٠)، وغيرها.

(٣) «الكفاية»(٦: ٢١٩).

(٤) «فتح القدير»(٦: ٢١٩).

(٥) «البحر الرائق»(٦: ١٧٥).

وقَدْرِ رأسِ المالِ في الكيليِّ، والوزنيِّ، والعدديِّ

وإنّما قال في الأصحِّ: لأنَّهُ قد قيل[1](١): أقلُّهُ ثلاثةُ أيَّامٍ، وقيل[2](٢): أكثرُ من نصفِ يومٍ.

٦.(وقَدْرِ رأسِ المالِ في الكيليِّ[3]، والوزنيِّ، والعدديِّ): فإنَّ العقدَ فيها يتعلَّقُ بالمقدارِ، فلا بُدَّ من بيانِ مقدارِه، وهذا عند أبي حنيفةَ ﷺ، وعندهما إذا كان رأسُ المال مُعيَّناً[4] فلا يُحتاجُ إلى بيان مقداره

ولا يذهبُ عليكَ أنَّ تأديةَ التقديرِ إلى عدمِ حصولِ المقصودِ يلزمُ على كونِ التقديرِ مخصوصاً بالشهرِ لا بالزيادة، والحال أنّه ليس كذلك، فإنَّ ما نحن فيه أقلُّ بيانِ الأجلِ لا أكثره، فافهم.

[١]قوله: قد قيل...الخ؛ وهو ما ذكرَهُ أحمد بن أبي عمرانَ البغداديُّ ﷺ أستاذُ الطحاويِّ ﷺ عن أصحابنا: اعتباراً بخيارِ الشرط، وليس بصحيح؛ لأنَّ الثلاثةَ ثمَّ بيانُ أقصى المدَّة، فأمّا أدناه فغيرُ مقدَّر، كذا في «العناية»(٣).

[٢]قوله: وقيل...الخ؛ قال به أبو بكرٍ الرازيُّ وبعض أصحابِ زفر ﷺ؛ لأنَّ المعجَّل ما كان مقبوضاً في المجلس، والمؤجَّل ما كان متأخِراً عنه، ولا يبقى المجلسُ عادةً أكثر من نصفِ يوم.

[٣]قوله: في الكيليّ... الخ؛ أي في رأسِ المالِ الكيليِّ والوزنيِّ والعدديّ، فالكيليّ وما عطفَ عليه صفةُ المحذوف، ولو قال: وقدرَ رأسِ المالِ الكيليّ، بدون كلمة: في؛ لكان أحسن، وقيَّدَ بهذه الثلاثةَ لأنَّ رأسَ المالِ الذرعيَّ إذا كان مشاراً إليه عند العقدِ لا يشترطُ بيانُ قدرِهِ بالاتّفاق.

[٤]قوله: معيَّناً؛ إشارةٌ إلى محلِّ الاختلافِ بين الإمامِ وبينهما؛ فإنَّ رأسَ المالِ إن كان عند الغيرِ غيرُ معيَّنٍ بالإشارة، فاشتراطُ القدرِ بالاتّفاق، وإن كان معيَّناً بالإشارةِ

(١) وهو ما ذكرَهُ أحمد بن أبي عمرانَ البغداديُّ ﷺ أستاذُ الطحاويِّ ﷺ عن أصحابنا: اعتباراً بخيارِ الشرط، وليس بصحيح، فأمّا أدناه فغيرُ مقدَّر. ينظر: «العناية»(٦: ٢١٨).

(٢) قائله أبو بكر الرزاي ﷺ. ينظر: «المبسوط»(١٢: ١٢٧).

(٣) «العناية»(٦: ٢١٨).

لأنّ[١] المقصودَ يحصلُ بالإشارةِ كما في الثَّمنِ والأجرة.

ولأبي حنيفةَ[٢] ﷺ أنّه ربَّما يكونُ بعضُ رأسِ المالِ زُيوفاً، ولا يُسْتَبْدَلُ في المجلس، فلو لم يعلمْ قَدْرُهُ لا يَدْرِي كم بَقِيَ، وربُّما لا يَقْدِرُ على تحصيلِ المُسَلَّم فيه، فيحتاجُ إلى ردِّ رأسِ المالِ[٣]، فيجبُ أن يكونَ معلوماً بخلافِ ما إذا كان رأس المالِ ثوباً معيَّناً فإن العقدَ[٤] لا يتعلَّقُ بمقداره، فلا يَجِبُ بيانُ قَدْرِ رأس المال، ثمّ فرَّعَ على هذه المسألةِ مسألتين، فقال:

فعند أبي حنيفةَ ﷺ خلافاً لهما، حتى لو قال: أسلمتُ إليك هذه الدَّراهمَ في كُرِّ بُرٍّ ولم يُبيِّنْ وزنَ الدراهم، أو قال: أسلمتُ إليكَ هذا البُرَّ في مَنِّ زعفران، ولم يُبيِّن قدرَ البُرِّ لا يصحُّ عنده، ويصحُّ عندهما.

[١]قوله: لأن...الخ؛ حاصله أنَّ المقصودَ هو الإعلامُ لتحصيلِ القدرةِ على التسليم، وانقطاعِ النِّزاع، وذا يحصلُ بالإشارة؛ لأنّها أبلغُ أسبابِ التعريف، فلا يشترطُ معها بيانُ القدرة، كما لا يشترطُ في الثمنِ في البيع، والأجرةُ في الإجارة.

فإذا جُعِلَ المكيلُ أو الموزونُ ثمنَ المبيعِ أو الأجرةِ كأن يقول: اشتريتُ بهذه الدراهم، أو يقول: استأجرتُ بهذهِ الدراهم، ولم يُبيِّنْ مقدارهما يجوز، فكذا هاهنا، وصار كالثوبِ إذا جعلَ رأسَ المالِ فإنّه يجوز، وإن لم يُبيِّن ذرعانه.

[٢]قوله: ولأبي حنيفة ﷺ...الخ؛ حاصلُهُ: إنَّ المسلَّمَ إليه قد يعجزُ عن تسليمِ المسلَّمِ فيه بعدما أنفقَ رأسَ المال، فلا يدري كم يردّ، وذلك يفضي إلى المنازعة، أو إلى الربا، وإنَّ المسلَّمَ إليه إذا أنفقَ شيئاً من رأسِ المالِ ثم وجدَ الباقي معيباً فردَّه ولم يستبدلْه في مجلسِ الردّ، فإنَّ العقدَ يبطلُ بعقدِ ما ردَّه، فإذا لم يكن رأسُ المالِ معلوماً لم يدرِ ما انتقضَ من السلَّم ولا ما بقيَ منه، وإذا كان معلوماً من قدرِ المردودِ قدرَ ما انتقصَ من السلم، فيعلمُ قدرَ ما بقيَ منه.

وما يفضي إلى جهالةِ المسلَّمِ فيه يجبُ الاحترازُ عنه وإن كان موهوماً، ألا ترى إلى اعتبارِ الهلاكِ الموهومِ في تمرِ حائطٍ بعينه، وفي مكيالٍ وميزانٍ بعينه، بخلاف ما لو كان رأسُ المالِ مذروعاً؛ لأنَّ الذرعَ وصفٌ في المذروع، والأبدالُ لا تقابلُ الأوصاف.

[٣]قوله: فيحتاجُ إلى ردِّ رأسِ المال؛ وإذا كان مجهولَ القدرِ تعذَّر ذلك الردّ.

[٤]قوله: فإنَّ العقد...الخ؛ حاصلُهُ: إنَّ الذرعَ وصفٌ في الثوب، ألا ترى أنّه إذا

فلم يَجُزِ السَّلَمُ في جنسينِ بلا بيانِ رأسِ مالِ كلٍّ واحدٍ منهما ولا بنقدينِ بلا بيانِ حصَّةِ كلّ منهما من المُسَلَّم فيه. ومكانِ إيفاء مسلَّمٍ فيه إن كان لحملِهِ مؤنةً، ومثلُهُ الثَّمن، والأجرةُ، والقسمة

فلم يَجُزِ السَّلَمُ في جنسينِ بلا بيانِ[١] **رأسِ مالِ كلٍّ واحدٍ منهما ولا بنقدينِ**[٢] **بلا** بيانِ حصَّةِ كلّ منهما من المُسَلَّم فيه.

٧. **ومكانِ إيفاء مسلَّمٍ فيه إن كان لحملِهِ مؤنةً**[٣]**، ومثلُهُ الثَّمن، والأجرةُ، والقسمة)**

وجدَهُ زائداً على المسمَّى سَلَّم له الزيادة، وإذا وجده ناقصاً لم يحطَّ شيئاً من الثمنِ كما تقدّمَ تحقيقه، فلا يتعلَّقُ العقدُ بمقدارِ الثوب، وكلامنا ليس في ذلك، بل فيما يتعلّق العقدُ بمقدارِه، فكان قياساً مع الفارق.

[١]قوله: **في جنسين بلا بيان**...الخ؛ صورتُهُ: أنّه أسلمَ مئةَ درهمٍ في كُرِّ بُرٍّ وكُرِّ شعير، ولم يبيِّن رأسَ مالِ كلٍّ واحدٍ منها، فلا يجوزُ عند الإمام؛ لأنَّ إعلامَ قدرِ رأسِ المالِ شرط.

فينقسمُ المئةُ على البُرِّ والشعير باعتبارِ القيمة، وهي تعرفُ بالظنّ، فلا يكونُ مقدارُ رأسِ مالِ كلٍّ واحدٍ منهما، حتى لو كان من جنسٍ واحد يصحّ؛ لأنَّ رأسَ المالِ منقسمٌ عليهما على السواء، وعندهما: يجوز؛ لأنَّ الإشارةَ إلى العينِ تكفي لجوازِ العقد، وقد وجدت.

[٢]قوله: **ولا بنقدين**؛ صورتُهُ أنّه أسلمَ عشرةَ دراهمَ وعشرةَ دنانير في عشرةِ قفيز بُرّ، لم يجزْ عند الإمام؛ لأنَّ الدراهمَ والدنانيرَ المذكورةَ إذا لم تعلمْ وزناً يلزمُ عدمُ بيانِ حصَّةِ كلّ واحدٍ منهما، من المسلَّم فيه، وعندهما: يجوز؛ لأنَّ الإشارةَ وجدت، وهي كافيةٌ لجوازِ العقد.

[٣]قوله: **لحمله مؤنة**؛ قال في «المغرب»[١]: الحَمل: بالفتح، مصدرُ حَمَلَ

(١) «المغرب»(ص١٢٨).

....

أي إذا كان المُسَلَّمُ فيه شيئاً لحِمْلِهِ مؤنة يجب بيانُ مكانِ إيفائِه عند أبي حنيفةَ ﷺ، وعندهما[1] يوفِّيهِ في مكان العقدِ

الشيء، ومنه: ما له حِمْلٌ ومؤنة، يعنون: ما له ثقلٌ يحتاجُ في حَملِهِ إلى ظهرٍ أو أجرة حَمَّاله، وبيانُهُ في لفظِ الأصل: ما له مؤنة.

وفي «المنتخب»: باري بر كَردن بر وارند. انتهى. ومؤنة بالفتح: باروكَراني وهي فعولة، كذا في «منتهى الأرب».

قيل: ما له حِمْلٌ ومؤنةٌ: هو ما يكونُ بحالٍ لو أمر إنساناً يحملُهُ إلى مجلسِ القضاءِ لا يحملُهُ مجاناً، وقيل: هو ما يمكنُ رفعُهُ بيدٍ واحدة، وقيل: ما يحتاجُ في نقلِهِ إلى المؤنةِ كالحنطةِ والشعير، وما لا يحتاجُ فيه إليها فهو ممَّا لا مؤنةَ له، كالمسكِ والكافور، كذا في «الكفاية»(١).

[1]قوله وعندهما...الخ؛ لأنَّ التسليمَ موجبٌ للعقد، فيتعيَّن له موضعُ وجوده كما في البيع؛ ولهذا وجبَ تسليمُ رأسِ مالِ السَّلَمِ في ذلك المكان، فكذا البدلُ الآخر، إذ العقدُ يوجبُ المساواة؛ لأنَّ السببَ الموجبَ للأحكامِ المتعلِّقةِ به، والتسليمُ من جملتها.

فيتعيَّنُ له موضعُ وجودِهِ دلالة ما لم يعيِّنا له مكاناً آخرَ بالنصّ، فيتعيَّنُ له ذلك المكان؛ لأنَّه يفوقُ الدلالة، وبه قالت الثلاثة؛ كبيعٍ وقرضٍ وإتلافٍ وغصب، فإنَّ مكانها يتعيَّنُ لتسليمِ المبيعِ والقرضِ وبدلِ المتلفِ والمغصوب.

ولأبي حنيفةَ ﷺ: إنَّ تعيينَ مكانِ العقدِ إمَّا بالتعيينِ صريحاً أو ضرورةَ وجوبِ التَّسليمِ عليه في الحالِ ولم يوجد، إذ السلمُ لا يجوزُ إلاَّ مؤجّلاً، فيكون التسليمُ متأخِّراً ضرورة، بخلافِ البيعِ والإتلافِ والقرضِ والغصب؛ لأنَّه واجبُ التسليمِ في الحال، فيتعيَّنُ موضعُ وجودِ السببِ ضرورة؛ ولأنَّه لو تعيَّنَ مكانُ العقدِ لما جازَ تغييره بالشرط: كمكانِ البيعِ في حقِّ العين، وكتعيِّنِ مكانِ العقدِ فيما إذا عقداً في لُجَّةِ البحر، وفسادُهُ لا يخفى.

---

(١) «الكفاية»(٦: ٢٢٦).

وما لا حِمْلَ له يوفِّيهِ حيث شاءَ، هو الأصحُّ

وعلى هذا الخلاف: الثَّمنُ[١] والأجرةُ إذا كان لحِمْلِها مؤنةٌ، والقسمةُ: أي إذا اقتسما الدارَ، وجعلا مع نصيبِ أحدهما شيئاً لحملِهِ مؤنة.

(وما لا حِمْلَ له[٢] يوفِّيهِ حيث شاءَ، هو الأصحُّ)

فإذا لم يتعيّن ولم يعيّنا مكاناً آخرَ بقي مجهولاً جهالةً فاحشة، فيؤدِّي إلى المنازعةِ، فيفسدُ كاختلافِ الصفة؛ لأنَّ قيمةَ ما له حِمْلٌ ومؤنةٌ تختلفُ باختلافِ الأماكن، كما تختلفُ باختلافِ الصفة، ألا ترى أنَّ الحطب في المدن أغلى منه في القرى، كذا في «المنح»(١)، وغيره.

[١]قوله: **وعلى هذا الخلاف الثمن**...الخ؛ يعني إذا اشترى داراً، أو استأجرها بمكيلٍ أو موزونٍ موصوفٍ في الذمَّة، أو اقتسماها وأخذَ أحدُهما أكثرَ من نصيبه، والتزمَ بمقابلةِ الزائدِ بمكيلٍ أو موزون، كذلك إلى أجل؛ فعنده يشترطُ بيانُ مكان الإيفاء، وهو الصَّحيح، وعندهما لا يشترط، كذا في «النهر».

وقيل: لا يشترطُ بيانُ مكانِ الإيفاءِ عند الكلِّ في الثمن، والصَّحيحُ أنّه يشترطُ عنده لا عندهما إذا كان الثمنُ مؤجَّلاً، واختاره شمسُ الأئمَّةِ السَّرَخْسيّ ﷺ، كذا في «الهداية»(٢) وغيرها.

[٢]قوله: **وما لا حمل له**... الخ؛ أي ما لا يكون له حملٌ ومؤنةٌ كالمسكِ والكافورِ والزعفران، وصغارِ اللؤلؤ: أعني القليل منه، لا يحتاجُ لصحَّةِ السلمِ فيهِ إلى بيانِ مكانِ الإيفاء بالإجماع؛ لأنَّ قيمتَهُ لا يختلفُ باختلافِ الأماكن، ويوفِّيه في أيِّ مكانٍ شاء، وهو الأصح؛ لأنَّ الأماكنَ كلَّها سواء، ولا وجوبَ في الحالِ حتى يتعيَّن مكان العقد.

ولو عيَّنا فيما لا حملَ له مكان، قيل: لا يتعيّن؛ لأنَّ التعيينَ لا يفيد شيئاً، فإنّه لا يلزمُهُ بنقلِهِ مؤنة، ولا يختلفُ ماليَّته باختلافِ الأماكن، وقيل: يتعيَّن وهو الأصح؛ لأنّه يفيدُ سقوطَ خطرِ الطريقِ لربِّ السَّلَم. كذا في «الهداية»(٣)، و«العناية»(٤)، وغيرها.

---

(١) «منح الغفار»(ق٢: ٦٣/ب).

(٢) «الهداية»(٣: ٧٤).

(٣) «الهداية»(٣: ٧٤).

(٤) «العناية»(٦: ٢٢٦).

وقبضُ رأسِ المالِ قبلَ الافتراق

وفي روايةِ «الجامع الصغير»(١) يوفيه مكان العقد[١](٢).

ثُمَّ لَمَّا فَرَغَ من بيانِ شروطِهِ صحَّةِ السَّلَمِ ذَكَرَ شَرْطَ بقائه، فقال:

(وقبضُ رأسِ المال[٢] قبلَ الافتراق[٣]

[١]قوله: **يوفّيهِ مكانَ العقد**؛ أي يوفّي المُسَلَّمَ إليه ما لا حمل له في المكانِ الذي أسلَمَ فيه؛ لأنّهُ موضعُ الالتزام، فيترجَّحُ على غيره، فقوله: هو الأصحّ احترازٌ عن هذه الرواية.

[٢]قوله: **قبض رأس المال...الخ**؛ فلو انتقضَ القبضُ بطلَ السَّلَمُ كما لو كان عيناً فوجدَه معيباً أو مستحقّاً، ولم يرضَ بالعيبِ أو لم يجز المستحقّ أو ديناً فاستحقّ، ولم يجزه، واستبدلَ بعد المجلس، فلو قبلَه صحّ، أو وجدَه زيوفاً أونَبَهْرَجَة، وردَّها بعد الافتراقِ سواءً استبدلها في مجلسِ الردِّ أو لا.

فلو قبلَه واستبدلها في المجلس، أو رضيَ بها، ولو بعدَ الافتراقِ صحّ، والكثيرُ كالكلّ، وفي تحديدِهِ روايتان: ما زادَ على الثلاثِ أو ما زادَ على النصف، وإن وجدَه سَتُّوقة أو رصاصاً، فإن استبدَلها في المجلسِ صحّ، وإن بعد الافتراقِ بطل، وإن رضيَ بها؛ لأنّها غير جنسِ حقّه، كذا في «البحر»(٣)، وغيره.

[٣]قوله: **قبل الافتراق**؛ أي قبلَ أن يفارقَ كلُّ واحدٍ من المتعاقدينِ صاحبه بدناً لا مكاناً، حتى لو مشيا فرسخاً قبل القبضِ لم يفسد ما لم يتفرَّقا من غير قبض، فإن افترقا كذلك فسد.

فالمرادُ بالافتراقِ أن يتوارى أحدهما عن عينِ صاحبِهِ حتى لو دخلَ ربُّ السَّلَمِ بيته لإخراجِ الدراهمِ ولم يغبْ عن عينِ صاحبِهِ لا يكون افتراقاً، وإنّما قال: قبل الافتراق، ولم يقل: في المجلس؛ لأنَّ القبضَ في المجلسِ ليس بشرط، حتى لو تعاقدَا

---

(١) «الجامع الصغير»(ص٣٢٣).

(٢) صحح السَّرخَسيُّ في «محيطه» إيفاءه في مكان العقد، وأيَّدَه ابن كمال باشا في «الايضاح» (ق ١٠١/أ)، وجزم به صاحب «الفتح»(٦: ٢٢٦)، لكن أصحاب المتون على الأول، وصححه صاحب «الهداية»(٣: ٧٤) و«الملتقى»(ص١٢٠).

(٣) «البحر الرائق»(٦: ١٧٨).

شرطُ بقائه: فلو أَسْلَمَ مئةً نقداً، ومئةً ديناً على المسلَّمِ إليه في كُرِّ بُرّ بطل في حصّةِ الدَّينِ فقط

شرطُ بقائه[١]: فلو أَسْلَمَ مئةً نقداً، ومئةً ديناً على المسلَّمِ إليه[٢] في كُرِّ[٣] بُرّ بطل في حصّةِ الدَّينِ فقط[٤])

السلم، ولم يغبْ أحدُهما عن صاحبِهِ يوماً أو يومين، ثمَّ سَلَّم رأسَ المالِ صحَّ التسليم. كما صرّحوا به.

[١]قوله: شرط بقائه؛ أي شرطُ بقاءِ السلمِ على الصحّة، لا شرط انعقاده؛ لأنَّ السَّلَمَ ينعقدُ صحيحاً بدونِهِ ثم يفسدُ بالافتراقِ قبل القبض، ولا فرقَ بين كونِ رأسِ المال مّما يتعيَّنُ كالنقود، أو ممّا لا يتعيَّن كالعروض.

أمَّا الأوَّل؛ فلئلا يفترقا عن دينٍ بدين، وهو بيعُ الكالئ بالكالئ، وهو منهيٌّ عنه.

وأمَّا الثاني: فلأنَّ السَّلَمَ أخذُ عاجلٍ بآجل، والمُسلَّمُ فيه آجل، فوجبَ أن يكونَ رأسُ المالِ عاجلاً؛ ليكون حكمُهُ على وفقِ اسمه، ولأنّه لا بُدَّ من تسليمِ رأسِ المالِ إلى المسلَّم إليه؛ ليتصرَّفَ فيه، فيقدرُ على تسليمِ المُسَلَّم فيه، كذا في «كمال الدراية»(١)، وغيره.

[٢]قوله: على المسلَّم إليه؛ وإنّما قال: ديناً على المسلم؛ لأنّه لو كان الدَّينُ على الأجنبيِّ فهو غير صحيحٍ في حقِّ الكلّ، حتى لو نقداً من مالِهِ في المجلس، لم ينقلب إليه جائزاً، بخلاف ما إذا كان الدَّينُ على المسلَّمِ إليه فإنّه بالنقدِ في المجلسِ ينقلبُ إلى الجواز.

[٣]قوله: في كُرّ؛ الكُرُّ بضمِّ الكافِ وتشديدِ الراء: ستُّونُ قفيزاً، والقفيزُ ثمانيةُ مكاكيك، والمكوك: صاعٌ ونصف، وقيل: الكرُّ أربعون قفيز. كذا في «المنح»(٢).

[٤]قوله: بطلَ في حصَّةِ الدَّينِ فقط؛ لأنّه دينٌ بدين، وصحَّ في حصَّةِ النقدِ لوجود قبضِ رأسِ المالِ في المجلس، سواءً كان العقدُ مطلقاً، بأن قال: أسلمتُ إليك مئتي درهم في كرِّ حنطة، ثم جعلا مئةً من رأسِ المالِ تقاصًّا بالدين، أو مقيَّداً، بأن قال: أسلمتُ إليك في مئةِ نقدٍ، ومئةِ دينٍ لي عليك، وسواءً أضيفَ إلى دراهمَ بعينها أو لا.

(١) «كمال الدراية»(ق٤٢٤).

(٢) «منح الغفار»(ق٢: ٦٤/ب).

....

أي لا يَشيعُ الفساد[1]؛ لأن العقدَ صحيحٌ وهذا الشَّرطُ شرطُ البقاءِ فيكونُ ضعيفاً.

ثُمَّ من تفاريعِ قبضِ رأسِ المالِ أن السَّلَمِ لا يجوزُ مع خيارِ الشَّرط وخيارِ الرُّؤية؛ لأنَّهما يَمْنَعانِ تمامَ التَّسليمِ بخلافِ خيارِ العيب، فإنَّه لا يَمْنَعُ تمامَه[2]، فلو أُسْقِطَ خيارُ الشَّرطِ قبلَ الافتراق صحَّ خلافاً لزُفَر[3] رضي الله عنه.

[1]قوله: أي لا يشيعُ الفساد...الخ؛ جوابٌ عن ما قال زفر رضي الله عنه من أنّه يشيعُ الفساد، ويبطلُ العقدُ في حصَّةِ العينِ أيضاً؛ لأنَّ هذا الفسادَ في صلبِ العقد، وتقريرُ الجوابِ أنَّ هذا الفسادَ طارئ فلا يشيع.

أمّا إذا أطلقَ فظاهر؛ لأنَّ عقدَ السَّلَمِ صحَّ ابتداءً لخلوِّه عن المفسدات، إذ قبضُ رأسِ المالِ شرطٌ لبقاءِ صحَّةِ العقدِ لا لصحّته، وهذا لو نقدَ المئتين قبل الافتراقِ صحّ، والفسادُ الطارئ لا يشيعُ عند الكلّ.

وأما إذا أضافه إلى المئتين؛ فلأنَّ النقودَ في العقودِ لا تتعيَّن ديناً كانت أو عيناً، حتى لو باعَ عيناً بدينٍ ثم تصادقا أن لا دينَ لم يبطل البيعُ إلا إذا كانا يعلمان عدمَ الدين، فيفسدُ لأمرٍ آخر، وهو أنّهما هازلان بالبيع، حيث عقد مبيَّنا بلا ثمن، وإذا لم تتعيَّنِ النقودُ كان التقييدُ مثل الإطلاق.

[2]قوله: لا يمنعُ تمامه؛ أي تمامُ القبض؛ لأنَّ تمامَه تمامُ الصفقة، وتمامُها لا يكونُ إلا بتمامِ الرضاء، وهو موجودٌ وقت العقد، فلو أسقطَ خيار الشرطِ قبل الافتراق.

ولا بُدَّ هاهنا من قيدٍ آخر، وهو قيامُ رأسِ المالِ في يدِ المُسَلَّمِ إليه؛ لأنّهما لو أسقطاهُ بعد إنفاقه واستهلاكه لا يعودُ صحيحاً اتّفاقاً؛ لأنّه بالاستهلاكِ صار ديناً في ذمَّة المسلَّم إليه، فلو صحّ كان رأسُ مال هو دين، وذلك لا يجوزُ في ابتداءِ العقد، كذا في «الفتح»(1).

[3]قوله: صحَّ خلافاً لزفر رضي الله عنه؛ وقد مرَّ نظيرُهُ في «بابِ البيع الفاسد»، وهو ما إذا باعَ إلى أجلٍ مجهول، ثمَّ أسقطاهُ قبل حلولِهِ ينقلبُ جائزاً عندنا، خلافاً لزفر رضي الله عنه، وتقريرُ الاستدلالِ مذكورٌ ثمَّة فلتطالعه.

(1) «فتح القدير»(٦: ٢٢٨).

ولم يَجُزِ التَّصَرُّفُ في رأسِ المالِ والمسلَّم فيه كالشَّركةِ والتَّوليةِ قبل قبضه، ولا يجوز شراءُ شيءٍ من المسلَّم إليه برأسِ المال بعد الإقالةِ حتى يقبضَه

(**ولم يَجُزْ**[1] **التَّصَرُّفُ في رأسِ المالِ والمسلَّم فيه كالشَّركةِ**[2] **والتَّوليةِ قبل قبضه**)، صورةُ الشَّركةِ: أن يقولَ ربُّ السَّلَمِ لآخرَ: أعطني نصفَ رأسِ المالِ؛ ليكون نصفُ المُسَلَّمُ فيه لك.

وصورةُ التَّولية أن يقولَ: أعطني مثل ما أعطيت للمُسَلَّم إليه حتى يكونَ المُسَلَّم فيه لك.

ومن صورةِ التَّصرّفِ في رأسِ المال: أن يُعطي بدلَ رأسِ المالِ شيئاً آخر.

ومن صورةِ التَّصرفِ في المسلَّم فيه: أن يعطي بدلَهُ شيئاً آخر.

(**ولا يجوز شراءُ شيءٍ من المسلَّمِ إليه برأسِ المالِ بعد الإقالةِ حتى يقبضَه**)، قال النَّبيُّ ﷺ: «لا تأخذْ[3] إلا سلمك

---

[1]قوله: **ولم يجز**...الخ؛ أمَّا عدمُ جوازِ التصرُّفِ في رأسِ المال، فلأنَّ فيه تفويتُ القبضِ المستحقِّ بالعقد، قبل افتراقهما، وهو حقُّ الشرعِ لا حقُّ العبد، وأمَّا عدمُ جوازِ التصرُّفِ في المُسَلَّم؛ فلأنَّ المسلَّمَ فيه مبيع، والتصرُّفُ في المبيعِ قبل القبضِ لا يجوز.

[2]قوله: **كالشركة**؛ يعني كما لا يجوزُ الشركةُ والتوليةُ في المُسَلَّمِ فيه قبل قبضه؛ لأنّه تصرُّفٌ فيه، والتصرُّفُ في المبيعِ قبل القبضِ غير جائز.

فإن قيل: ما وجهُ تخصيصِ الشركة والتولية بعد ذكرِ الأعمِّ وهو التصرّف.

قلنا: إنَّ أحداً لا يشتري المُسَلَّم مرابحةً؛ لكونِهِ ديناً، ولا وضيعة؛ لكونِها ضرراً ظاهراً، ولو اشترى إنّما يشتريهِ بمثلِ ما اشتراهُ ربُّ السَّلَمِ رغبةً في كلّه، وهو التولية أو بعضِهِ وهو الشركة، فخصَّهما ليتصوَّر التصرُّف فيهما من هذا الوجه، كذا في «النهاية».

[3]قوله: **لا تأخذ**...الخ؛ أخرجَ أبو داود وابنُ ماجة عن أبي بدرِ شجاعِ بن الوليد، حدَّثنا زياد بن خيثمة، عن سعدِ الطائيّ، عن عطيةَ العوفيّ، عن أبي سعيدٍ الخدريّ ﷺ قال: قال رسولُ الله ﷺ: «مَن أسْلَمَ في شيءٍ فلا يصرفه إلى غيره»[1]، ورواهُ التِّرْمِذِيُّ في «علله الكبير»، وقال: لا أعرفُهُ مرفوعاً إلا من هذا الوجه، وهو

---

(١) في «سنن أبي داود»(٣: ٢٧٦)، و«سنن ابن ماجة»(٢: ٧٦٦)، وغيرها.

أو رأسَ مالك»[1]: أي لا تأخذ[1] المسلَّمَ فيه على تقديرِ المضي على العقد، أو رأسَ مالكِ على تقدير إقالةِ العقد.

حديث حسن.

وقال عبد الرزَّاق في «مصنفه»: أخبرنا معمَّر عن قتادةَ عن ابن عمرَ ﷺ قال: «إذا أسلفت في شيءٍ فلا تأخذ إلا رأس مالك، والذي أسلفتَ فيه»[2].

وروى ابنُ أبي شَيْبَةَ في «مصنَّفه»: حدَّثنا محمد بن ميسرة عن ابن جريج عن عمرو بن شعيب، عن عبدِ الله بن شعيب: «إنَّ عبد الله بن عمرو ﷺ كان يسلفُ له في الطَّعام ويقولُ للذي يسلفُ له: لا تأخذُ بعضَ رأسِ مالنا، أو بعض طعامنا، ولكن خذْ رأسَ مالنا كلّه، أو طعاماً وافياً»[3]، هذا ملتقط ما في «نصب الرايةِ لأحاديث الهداية»[4].

[١]قوله: أي لا تأخذ...الخ؛ فامتنعَ الاستبدال، فصارَ رأسُ المالِ بعد الإقالةِ بمَنْزلة المُسَلَّمِ فيه قبله، فيأخذُ حكمَهُ من حرمةِ الاستبدالِ بغيره، فحكمُ رأسِ المالِ بعدها كحكمِه قبلها، إلا أنّه لا يجبُ قبضُهُ في مجلسٍ كما كان يجبُ قبلها؛ لكونِها ليست بيعاً من كلّ وجه؛ ولهذا جازَ إبراؤه عنه، وإن كان لا يجوز قبلها.

---

(١) من حديث أبي سعيد الخدري ﷺ قال: قال رسول الله ﷺ: «من أسلف في شيء فلا يصرفه إلى غيره» في «سنن أبي داود»(٣: ٢٧٦)، و«سنن ابن ماجه»(٢: ٧٦٦)، وفي «الدارقطني» (٣: ٧٥) اللفظ السابق، ولفظ: «فلا يأخذ إلا ما أسلم فيه أو رأس ماله»، قال الترمذي: لا أعرفه مرفوعاً إلا من هذا الوجه وهو حديث حسن، قال ابن حجر في «التلخيص»(٣: ٢٥): فيه عطية بن سعد العوفي وهو ضعيف وأعلّه أبو حاتم والبيهقي وعبد الحق وابن القطان بالضعف والاضطراب. وفي «مصنف ابن أبي شيبة»(٤: ٢٧٠): عن عمرو بن شعيب عن أبيه شعيب أن عبد الله بن عمرو ﷺ كان يسلف له في الطعام، فقال للذي كان يسلف له: لا تأخذ بعض مالنا وبعض طعامنا ولكن خذ رأس مالنا كله أو الطعام وافياً، وفي «مصنف عبد الرزاق»(٨: ١٤): عن ابن عمر ﷺ قال: إذا أسلفت في شيء فلا تأخذ إلا رأس مالك أو الذي أسلفت فيه. والآثار في ذلك كثيرة. وينظر: «نصب الراية»(٤: ٥١).

(٢) في «مصنف عبد الرزاق»(٨: ١٤)، وغيره.

(٣) في «مصنف ابن أبي شيبة»(٤: ٢٧٠).

(٤) «نصب الراية»(٤: ٥١).

ولو شَرَى كُرًّا، وأمرَ ربَّ السَّلم بقبضِهِ قضاءً لم يَصحَّ

(ولو شَرَى كُرًّا، وأمرَ ربَّ السَّلمِ بقبضِهِ قضاءً لم يَصحَّ)؛ لأنَّه[1] اجتمعَ صفقتان: السَّلم وهذا الشراء، فلا بُدَّ من أن يَجْري فيه الكيلان.

وفي «البدائع»(١): قبضُ رأسِ المالِ إنّما هو شرطُ حالَ بقاءِ العقد، فأمّا بعد ارتفاعِهِ بطريقِ الإقالةِ أو بطريقٍ آخر، فقبضُهُ ليس بشرطٍ في مجلسِ الإقالة، بخلاف القبضِ في مجلسِ العقد، وقبضُ بدلِ الصرفِ في مجلسِ الإقالةِ شرطٌ لصحَّةِ الإقالة، كقبضها في مجلسِ العقد.

ووجهُ الفرقِ: أنَّ القبضَ في مجلسِ العقدِ في البدلين ما شرطَ لعينِه، وإنّما شرطَ للتعيين، وهو أن يصيرَ البدلُ متعيِّناً بالقبضِ صيانةً عن الافتراقِ عن دينٍ بدين، ولا حاجةَ إلى التعيينِ في مجلسِ الإقالةِ في السَّلَم؛ لأنّه لا يجوزُ استبدالُهُ فيعودُ إليه عينه، فلا تقعُ الحاجةُ إلى التعيينِ بالقبض.

فكان الواجبُ نفسَ القبض، فلا يراعى له المجلسُ بخلافِ الصرّف؛ لأنَّ التعيينَ لا يحصلُ إلا بالقبض؛ لأنَّ استبدالَهُ جائز، فلا بُدَّ من شرطِ القبضِ في المجلس للتعيين، كذا في «البحر»(٢).

[1]قوله: لأنّه... الخ؛ يعني لأنَّ هاهنا قد اجتمعت صفقتان: صفقةٌ بين المسلَّمِ إليه وبين المشتري منه، وصفقةٌ بين المُسَلَّمِ إليه وبين ربِّ السَّلَم، كلاهما بشرطِ الكيل، فلا بُدَّ من الكيلِ مرَّتين، ولم يوجد.

والأصلُ أنَّ رسول الله ﷺ: «نهى عن بيعِ الطعامِ حتى يجري فيه صاعان، صاعُ البائعِ وصاعُ المشتري»(٣)، كما تقدَّمَ ذكره، ومحلّه ما إذا اجتمعت الصفقتانِ فيه، وأمّا في صفقةٍ واحدة، فيكتفي بالكيلِ فيه مرّةً واحدةً في الصحيح.

---

(١) «بدائع الصنائع»(٥: ٢٠٧).

(٢) «البحر الرائق»(٦: ١٨٠ - ١٨١).

(٣) في «سنن ابن ماجة»(٢: ٧٥٠)، و«سنن البيهقي الكبير»(٥: ٣١٥)، وغيرها.

ولو أمرَ مقرضَهُ به صحَّ

(ولو أمرَ مقرضَهُ به صحَّ): أي لو استقرضَ بُرّاً فاشترى من آخر بُرّاً، فأمرَ المقرِضَ بقبضِ بُرِّهِ منه قضاءً لقرضِهِ صحَّ؛ لأنَّ القرضَ عاريةٌ[1] فكأنَّهُ يَقْبِضُ عَيْنَ حقِّه.

ويَرِدُ عليه أن ما يقبضُهُ في السَّلَمِ أيضاً عينُ حقِّه؛ لئلا يلزمَ الاستبدال.

فأجاب[2] في «الهداية»(١): بأن ما يقبضُهُ في السَّلَمِ غيرُ حقِّهِ؛ لأنَّ الدَّينَ غيرُ العين، فالشرعُ[3] وإن جعلَهُ عينَهُ ضرورةً؛ لئلا يكونَ استبدالاً، فلا يكونُ عينُهُ في جميعِ الأحكامِ، ففي وجوبِ الكيل لا يكونُ عينُه، فيكونُ قابضاً هذا العين عوضاً عن الدَّينِ الذي له على المُسَلَّم إليه.

[١]قوله: لأنَّ القرضَ عاريةٌ؛ ولهذا ينعقدُ بلفظ الإعارةِ فكان مردود عين المقبوض سابقاً حكماً للشرع، وإلا يلزمُ تمليكُ الشيءِ بجنسِهِ نسيئة، وهو ربا، فلا يجتمعُ الصفقتانِ بشرطِ الكيل، فيجبُ كيلٌ واحدٌ للمشتري بحقِّ الوكالة.

[٢]قوله: فأجاب...الخ؛ هاهنا بحث، وهو أنَّ اعتبارَ العينيّة، وكونُهُ عاريةً في القرضِ أيضاً أمرٌ ضروريٌّ لئلا يلزمَ الربا، والثابتُ ضرورةً لا يتقدَّرُ بقدرها، فلا يكون ما ادَّعيناهُ في جميعِ الأحكام.

فينبغي أن يكون غيرُها في حقِّ وجوبِ الكيل، ففيه أيضاً صفقتان على الطريقِ المذكور، إلا أن يقال: إنَّ اعتبارَ العينيَّة في القرضِ لتصحيحِ العقدِ ابتداءً، فيلزمُ اعتبارُهُ مطلقاً.

وأمّا اعتبارُهُ في السَّلَمِ فليس لتصحيحِ العقد، بل العقدُ صحيحٌ في نفسِهِ ابتداءً، وإنّما هو في وقتِ الأداءِ لتصحيحه، فيعتبر في حقِّ ذلك الخاصّ، ذكره يعقوب باشا في «حاشيته»(٢).

[٣]قوله: فالشرع؛ أي ادَّعت ضرورةٌ إلى جعلِ المقبوضِ عينُ الدين، وهو عدمُ

(١) وعبارة «الهداية»(٣: ٧٥) هي: والسلم وإن كان سابقاً لكن قبض المسلم فيه لاحق وأنه بمنزلة ابتداء البيع؛ لأن العين غير الدين حقيقة، وإن جعل عينه في حقّ حكم خاصّ وهو حرمة الاستبدال فيتحقق البيع بعد الشراء.

(٢) «حاشية ابن يعقوب باشا»(ق١٠٨/أ).

وكذا لو أمرَ ربُّ السَّلَمِ بقبضِهِ له، ثمّ لنفسِهِ، فاكتاله له ثُم لنفسِهِ، ولو كان المُسَلَّمُ إليه في ظرفِ ربِّ السَّلمِ بأمرِهِ بغيبتِهِ أو كال البائعُ في ظرفِهِ أو ظرفِ بَيْتِهِ بأمرِ المشتري لم يكن قبضاً

(**وكذا لوِ أمرَ ربُّ السَّلَمِ بقبضِهِ له، ثمّ لنفسِهِ، فاكتاله له ثُم لنفسِهِ**): قوله: وكذا أي يصحُّ في هذه الصورة كما يصحُّ في الصَّورة الأولى، وهي ما إذا اشترى المُسَلَّمُ إليه كُرّاً أمر ربُّ السَّلمِ بأن يقبضَهُ لأجلِ المُسَلَّم إليه، ثم لنفسِه، فاكتالَهُ للمسلَّم إليه، ثم اكتاله لأجلِ نفسِهِ يصحُّ، وإنّما يصحُّ؛ لأنَّه قد جرى فيه الكيلان.

(**ولو كان المُسَلَّمُ إليه في ظرفِ ربِّ السَّلمِ بأمرِهِ بغيبتِهِ أو كال البائعُ في ظرفِهِ أو ظرفِ بَيْتِهِ بأمرِ المشتري لم يكن قبضاً**)؛ لأنَّ في السَّلَم لم يصحَّ أمرُ ربِّ السّلم بالكيلِ؛ لأنَّ حقّهُ[1] في الدَّين لا في العين، فأمرُهُ لم يصادِفْ ملكه، فالمُسَلَّمُ إليه جعلَ ملكَهُ في ظرفٍ استعارَهُ من ربِّ السَّلَمِ، وفي البيعِ لم يصحَّ أمرُ المشتري؛ لأنَّهُ[2] استعارَ الظَّرفَ من البائع، ولم يقبضه، فيكونُ في يدِ البائع، فكذا الحنطةُ التي فيه، وإنَّما قال: بغيبتِهِ حتى لو كان حاضراً يكونُ قبضاً؛ لأنَّ فعلَهُ ينتقلُ إليه.

تحقُّقِ الاستبدال الذي هو حرام؛ لأنّه لو لم يكن كذلك، يلزمُ تمليكُ الشيءِ نسيئةً، ألا ترى أنّه لو باع كذا بكرٍ لغيرِ عينِهِ لا يجوز.

[1]قوله: **لأنَّ حقّه**...الخ؛ يعني أنَّ حقَّ ربِّ السلمِ في الدَّينِ لا في العين، والدَّينُ وصفٌ ثابتٌ في الذمّة، فالأمرُ بالكيلِ لم يصادفْ ملكَ الآمر، بل إنَّما صادفَ عيناً مملوكاً للبائع.

[2]قوله: **لأنّه**... الخ؛ حاصلُهُ: إنَّ المشتري ملكَ البُرَّ بنفسِ الشراء، فيصحُّ أمره لمصادفته ملكَه، فيكون قابضاً بجعلِهِ في الظرف، ويكون البائعُ وكيلاً في إمساكِ الظرف، فيكونُ الظرفُ في يدِ المشتري حكماً، فكان الواقعُ فيه واقعاً في يدِه حكماً؛ ولهذا اكتفى بذلك الكيل في الصحيح، ألا ترى أنّه لو أمره بالطَّحنِ لو بإلقائه في البحر، ففعل، يكون على الآمرِ في الشراء، ويتقرَّرُ الثمنُ عليه، وفي السلمِ على المأمور، لما قلنا.

فإن قلت: البائع لا يصحُّ أن يكون وكيلاً في القبضِ حتى لو وكَّله به لا يصحُّ توكيلُهُ ولا يكون قابضاً له، فكيف يتصوَّرُ أن يكون وكيلاً له هاهنا؟

بخلافِ كيلِهِ في ظرفِ المشتري بأمرِه

(بخلافِ كيلِهِ في ظرفِ المشتري بأمرِه): أي إذا اشترى[1] حنطةً معيَّنةً، فأمر المشتري البائعَ أن يكيلَهُ في ظرفِ المشتري بغيبتِه، ففعلَ يصيرُ قابضاً؛ لأنَّه مَلَكَ العينَ بالشِّراءِ، فأمرُهُ صادفَ مُلْكَه.

قلت: لَمَّا صحَّ أمرُهُ لكونِهِ مالكاً صار وكيلاً له ضرورة، وكم من شيءٍ يثبتُ ضمناً، وإن لم يثبتْ قصداً.

وقيَّدَ بكونِ الظَّرفِ للمشتري؛ لأنَّه لو كان للبائع فأمرَهُ المشتري بالكيلِ فيهِ ففعل، لم يصرْ قابضاً؛ لكونِ المشتري استعارَ ظرفه، ولم يقبضْه، فلا يصيرُ في يدِه، فكذا ما يقعُ فيه، فصار كما لو أمره أن يكيلَه في ناحيةٍ من بيتِ البائع، فإنَّ المشتري لا يكون قابضاً، فإنَّ البيتَ بنواحيهِ في يدِ البائع، كذا في «المنح»[1]، وغيره.

[1]قوله: **أي إذا اشترى**؛ حاصلُهُ: إنَّ رجلاً أسلمَ في كُرِّ حنطة، فلمَّا حلَّ الأجل اشترى ربّ السَّلَم من المُسلَّم إليه كُرُّ حنطةٍ بعينها، ودفعَ ربُّ السَلَمِ ظرفاً إلى المسلم؛ ليجعلَ الكرَّ المُسَلَّمَ إليه فيه والكُرُّ المشترى في ذلك الظرف.

فإن بدأ بكيلِ العينِ المشترى في الظرفِ صارَ قابضاً للعين؛ لصحَّةِ الأمرِ فيه، وللدَّينِ المُسَلَّم فيه؛ لمصادفته ملكَه كمَن استقرضَ حنطةً وأمرَ المقرضَ أن يزرعَها في أرضِه.

وإن بدأ بالدَّينِ لم يَصِرْ قابضاً لشيءٍ منهما، أمَّا الدَّين؛ فلعدمِ صحَّةِ الأمرِ فيه، وأمَّا العين؛ فلأنَّه خلطَهُ بملكِهِ قبل التسليم، فصار مستهلكاً عند أبي حنيفة ﷺ، فينتقضُ البيع، وهذا الخلطُ غير مرضيّ؛ لجوازِ أن يكون مرادُهُ البدايةَ بالعين، وعندهما: المشتري بالخيار إن شاءَ نقضَ البيع، وإن شاءَ شاركه في المخلوط؛ لأنَّ الخلطَ ليس باستهلاكٍ عندهما، وخصَّه القاضي خان بقولِ محمّد ﷺ.

أمّا عند أبي يوسفَ ﷺ إذا بدأ بالدَّينِ يصيرُ قابضاً لهما جميعاً، كما لو بدأ بالعين، ضرورةَ اتِّصالِهِ بملكِهِ في الصورتين، إذ الخلطُ ليس باستهلاك.

وقال محمَّد ﷺ: يصيرُ قابضاً للعينِ دون الدَّين، فيشتركان فيه، ولم يبرأ عن

(١) «منح الغفار»(ق٢: ٦٥/أ - ب).

ولو كالَ الدَّينَ والعينَ في ظرفِ المشتري : إن بدأ بالعينِ كان قابضاً ، وإن بدأ بالدَّين لا عند أبي حنيفة ﷺ

(ولو كالَ الدَّينَ والعينَ في ظرفِ المشتري : إن بدأ بالعينِ كان قابضاً ، وإن بدأ بالدَّين لا عند أبي حنيفة ﷺ) : أي إذا اشترى الرَّجلُ من آخر كُرًّا بعقدِ السَّلَم ، وكُرًّا معيَّناً بالبيعِ ، فأمرَ المشتري البائعَ أن يَجْعَلَ الكُرَّينِ في ظرفِ المشتري ، إن بدأ بالعينِ كان قابضاً ، أمَّا في العينِ فلصحَّة الأمرِ[١] ، وأمَّا في الدَّينِ فلاتصالِهِ بملكِ المشتري[٢] .

وإن بدأ بالدَّينِ لا يصيرُ قابضاً ؛ لأنَّ الأمرَ لا يصحّ[٣] في الدَّين ، فلم يصرْ قابضاً له ، فبقي في يدِ البائع فخلطَ مِلْكَ المشتري بمِلْكِه ، فصارَ مستهلكاً عند أبي حنيفة ﷺ ، فَيَنْتَقِضُ القبضُ والبيع ، وعندهما المشتري بالخَيَار ، إن شاءَ نقضَ البيعَ ، وإن شاءَ شاركَهُ في المخلوط ؛ لأنَّ الخلطَ ليس باستهلاك عندهما.

الدَّين ، وكذلك لو استقرضَ من رجلٍ كُرًّا ودفعَ إليه غرائِرَه ليكيله فيها ففعل وهو غائبٌ لم يكن قابضاً ؛ لأنَّ القرضَ لا يملكُ قبل القبض ، فكان الكُرُّ على ملكِ المقرض ، فلم يصحَّ الأمر ، كذا في «البحر»(١) .

[١]قوله : **فلصحَّةِ الأمر** ؛ فيه لمصادفةِ الملك ، ففعلُ المأمورِ كفعلِ الآمر.
ردَّ بأنَّه لا يصلحُ نائباً عن المشتري في القبض ، كما لو وكَّله بذلك نصّاً.
وأجيبَ : بأنّه يثبتُ ضمناً ، وإن لم يثبتْ قصداً ، كذا في «العناية»(٢) .

[٢]قوله : **فلاتِّصالِهِ بملكِ المشتري** ؛ وبمثله يصيرُ قابضاً ؛ لأنَّ القبضَ قد يكون بيدِه أو بتخليته ، وقد يكون باتِّصالِهِ بملكه.

[٣]قوله : **لا يصحّ**...الخ ؛ لأنَّ مصادفةَ الملكِ لم يثبت ؛ لكونِ حقِّهِ في الدَّينِ لا في العين ، وهذا عينٌ لا دين.

---

(١) «البحر الرائق»(٦ : ١٨٤).
(٢) «العناية»(٦ : ٢٣٥).

ولو أسلمَ أمةً في كُرٍّ وقُبِضَتْ فتقايلا ، فماتت في يده وبقي ، يجبُ قيمتُها يومَ قبضِها ، ولو ماتت ، ثُمَّ تقايلا صحَّ ، وكذا المقايضةُ في وجهيه

(**ولو أسلمَ أمةً في كُرٍّ وقُبِضَتْ**[١] **فتقايلا ، فماتت في يده وبقي ، يجبُ قيمتُها يومَ قبضِها**) : أي اشترى كُرًّا بعقدِ السَّلَم ، وجعلَ الأمةَ رأسَ المال ، وسلَّم الأمةَ إلى المُسَلَّمِ إليه ، ثُمَّ تقايلا عقد السَّلم ، ثُمَّ ماتت الأمةُ في يدِ المسلَّمِ إليه ، بقي التَّقايل ، فيجبُ قيمةُ الأمةِ على المُسَلَّمِ إليه بردِّها إلى ربِّ السَّلَم.

(**ولو ماتت ، ثُمَّ تقايلا صحَّ**) : أي في الصّورةِ المذكورةِ إن كان الموتُ قبل التَّقايلِ صحَّ التَّقايل ؛ وذلك لأنَّ[٢] صحَّةَ الإقالةِ[٣] تعتمدُ[٤] بقاءَ المعقودِ عليه ، وهو المُسَلَّمُ فيه.

(**وكذا المقايضةُ في وجهيه**[٥])

---

[١]قوله : **وقبضت** ؛ قيّد بذلك ؛ لأنّهما لو تفرَّقا لا عن قبضها لم تصحَّ الإقالة ؛ لعدم صحَّةِ السلم ، كذا في «النهر».

[٢]قوله : **وذلك لأنّ**...الخ ؛ حاصلُهُ : إنَّ شرطَ صحَّةِ الإقالةِ بقاءُ العقد ، وهو يبقى ببقاءِ المعقودِ عليه ، والمعقودُ عليه في السلمِ هو المُسلَّم فيه ، وهو باقٍ في ذمَّةِ المُسلّمِ إليه بعد هلاكِ الجارية ، فإذا انفسخَ العقدُ وجبَ عليه ردُّ الجارية ، وقد عجزَ بموتها ، فيجبُ عليه قيمتُها ، كما لو تقابضا ثمّ تقايلا بعد هلاكِ أحدهما ، أو هلك أحدُهما بعد الإقالة ، وإنّما اعتبرَ يوم القبض ؛ لأنّه سببُ الضمان كالغصب ، كذا في «المنح»(١).

[٣]قوله : **صحَّةُ الإقالة تعتمد**...الخ ؛ لأنَّ الجاريةَ رأسُ المال ، وهو في حكمِ الثمنِ في العقد ، والمبيعُ هو المسلَّمُ فيه ، وصحَّةُ الإقالةِ تعتمدُ قيامَ المبيعِ دون الثَّمن ، فهلاكُ الأمةِ لا يغيِّرُ حالَ الإقالةِ من البقاءِ في الأولى والصحَّةِ في الثانية ، كذا في «الدرر»(٢) ، وغيره.

[٤]قوله : **تعتمد** ؛ لأنَّ الإقالةَ عبارةٌ عن فسخِ العقد ، وهو لا يكون بدون العقد.

[٥]قوله : **في وجهيه** ؛ يعني الموتُ بعد التقايل ، والتقايلُ بعد الموت ؛ لأنَّ كلَّ واحدٍ منهما مبيعٌ من وجه ، وثمنٌ من وجه ، ففي الباقي تعتبرُ المبيعة ، وفي الهلاكِ الثمنيّة.

---

(١) «منح الغفار»(ق٢ : ٦٦/أ).

(٢) «درر الحكام»(٢ : ١٩٧).

بخلافِ الشراءِ بالثَّمنِ فيهما، ولو اختلفَ عاقدا السَّلمِ في شرطِ الرداءةِ والأجل، فالقولُ لمدَّعيهما

أي إذا باعَ أمةً بعرضٍ فهلكَ أحدُهما دون الآخر فتقايلا صحَّ التَّقايلُ، ولو تقايلا ثُمَّ هلكَ أحدُهما بقي التَّقايل، فقولُهُ: وكذا... إلى آخرِهِ، تقديرُهُ بقي تقايلُ المقايضة، وصحَّ تقايلها في كلا الوجهين، أمَّا البقاء ففي صورةِ تقدُّمِ التَّقايل على الهلاك. وأمَّا الصَّحَّةُ ففي صورة تأخُّرِهِ عنه.

(**بخلافِ الشراءِ بالثَّمنِ فيهما**[١]): أي إن اشترى بالدَّراهمِ أو الدَّنانير أمةً، ثُمَّ تقايلا، ثمّ ماتت الأمةُ في يدِ المشتري لم يبقَ التَّقايل، ولو ماتت ثم تقايلا لا يصحّ التقايل.

(**ولو اختلفَ**[٢] **عاقدا السَّلمِ في شرطِ الرداءةِ والأجل، فالقولُ لمدَّعيهما**): أي قال المُسلَّمُ إليه: شرطْنا الرَّديء، وقال ربُّ السّلم: لم نشترطْ شيئاً حتى يكونُ العقدُ فاسداً، فالقولُ قولُ المسلَّم إليه[٣]

[١]قوله: **فيهما**؛ أي في المسألتين؛ لأنَّ الأمةَ هي الأصلُ في البيع، فلا تبقى بعد الهلاك، فلا تصحُّ الإقالةُ ابتداءً، ولا تبقى انتهاءً بعدم محلّها.

[٢]قوله: **ولو اختلف**...الخ؛ يعني لو قال أحدُ المتعاقدين: شرطنا طعاماً رديئاً، وقال الآخر: لم نشترط، أو قال أحدُهما: شرطنا التأجيل، وقال الآخر: لم نشترطْ شيئاً، فالقولُ لمدّعي شرطِ الرَّداءةِ والأجلِ مطلقاً، سواء كان مدّعيهما ربُّ السّلمِ أو المُسَلَّمِ إليه عند الإمام؛ لأنَّ المدَّعي يدَّعي الصحَّة، فكان القولُ قوله وإن أنكرَ خصمُه، إذ الظاهر شاهدٌ له؛ لأنَّ العقدَ الفاسدَ معصية، والظَّاهرُ من حالِ المُسَلَّمِ التّحرز عنه.

وقالا: القولُ للمنكرِ إن كان المنكرُ ربُّ السّلَم فيما إذا ادّعى المُسلَّمُ إليه التأجيل؛ لأنّه ينكرُ حقّاً عليه، وهو الأجل، أو كان المنكرُ المُسلَّمُ إليه فيما إذا ادّعى التأجيل؛ لأنَّه منكر.

والأصلُ: أنَّ مَن خرجَ كلامُهُ تعنُّتاً فالقولُ لصاحبِهِ بالاتّفاق، وإن خرجَ خصومة بأن ينكرَ ما يضرُّهُ مع اتّفاقهما على عقدٍ واحد، فالقولُ لمدَّعي الصحّة، وعندهما: القولُ للمنكر، سواءً أنكرَ الصحَّةَ أو غيرها.

[٣]قوله: **فالقول قول المُسلَّم إليه**؛ وقد يستدلُّ عليه بأنَّ العاقدينِ متّفقانِ على عقدٍ واحد، ومختلفانِ في ما لا بدَّ منه في صحَّةِ السلم، أعني بيان الوصف، ومن ادَّعى

....

لأنَّ ربَّ السَّلَم متعنِّت[١] في إنكارِهِ الصِّحَّة؛ لأنَّ المُسَلَّم فيه زائدٌ على رأسِ المال[٢] عادةً، فإنكارُهُ الصِّحَّةَ دعوى أمر يكونُ ضرراً في حقِّه، فكان متعنِّتاً.

ولو ادَّعى ربُّ السَّلم شرطَ الرداءة، وقال المسلَّم إليه لم نشترطْ شيئاً، فالواجبُ[٣] أن يكونَ القولُ لربِّ السَّلم عند أبي حنيفةَ ﷺ؛ لأنَّه يدَّعي الصِّحَّة، فالحاصلُ أن في الصُّورتينِ القولَ لمدَّعي الصِّحَّة عنده، وعندهما القولُ للمنكر.

ولو اختلفا في الأجلِ، فقال أحدُهما: شرطنا الأجل، وقال الآخرُ: لم نشترطْ، فأيُّهما ادَّعى الأجل، فالقولُ قوله عند أبي حنيفةَ ﷺ؛ لأنَّهُ يدَّعي الصِّحَّة[٤]، وعندهما القولُ للمنكر.

بيانَ الوصفِ ادَّعى صحَّة العقد، والظاهرُ من حالِ العاقدين أنّهما باشرا عقداً صحيحاً لا فاسداً متحرّزاً عن المعصية، والقول يكون لِمَن يشهدُ له الظاهر؛ لكونه أقربُ إلى الصدقِ والصواب.

[١]قوله: **متعنّت**؛ المتعنِّتُ لغة: من يطلبُ العنت، وهو وقوعُ الإنسانِ فيما لا يستطيعُ الخروج عنه، والمراد بالمتعنِّتِ شرعاً: مَن ينكرُ ما ينفعه، والمخاصمُ مَن ينكرُ ما يضرُّه، ذكره العلامةُ السِّغْنَاقيُّ ﷺ ناقلاً عن «الفوائد الظهيريّة».

[٢]قوله: **زائدٌ على رأسِ المال**؛ فإن قيل: لا نسلِّم بل رأسُ المالِ خيرٌ وإن قلَّ من المُسلَّم فيه وإن جلّ؛ لأنَّ ذلك نقد، وهذا نسيئة، قلنا: نعم؛ كذلك إلا أنَّ ذلك متروكٌ هاهنا بالعرفِ والعادة.

فإنَّ الناسَ مع وفورِ عقولِهم يقدِمون على عقدِ السَّلَم، وما ذلك إلا لفائدة رأوها فيه، فكان إلغاءُ مزيةِ النقدِ بمقابلةِ فائدةٍ زائدةٍ رأوها في المسلَّم فيه، مع كونه نسيئة، كذا في «النهاية».

[٣]قوله: **فالواجب...الخ**؛ لأنَّ العقدَ الفاسدَ معصية، والظَّاهرُ من حالِ المسلِّمِ التحرُّزُ عن المعصية.

[٤]قوله: **لأنّه يدَّعي الصحّة**؛ وإن كان صاحبُهُ منكراً، وعندهما: القولُ للمسلَّم إليه؛ لأنَّه منكر، وإن أنكرَ الصحّة، كذا في «الهداية»(١).

---

(١) «الهداية»(٣: ٧٧).

[فصل في الاستصناع]

والاستصناعُ بأجلٍ سَلَمٌ تعاملوا فيه أو لا، وبلا أجلٍ فيما يتعاملُ كخفٍّ، وقمقمةٍ، وطستٍ صحَّ بيعاً لا عدَة

[فصل في الاستصناع]

(والاستصناعُ بأجلٍ[1] سَلَمٌ تعاملوا فيه أو لا، وبلا أجلٍ فيما يتعاملُ كخفٍّ، وقمقمةٍ، وطستٍ صحَّ بيعاً لا عدَة)، الاستصناعُ[2]: أن يقولَ للصَّانِعِ كالخفَّافِ مثلاً: اصنعْ لي من مالكَ خُفّاً من هذا الجنسِ بهذه الصِّفةِ بكذا

[1]قوله: بأجل؛ المرادُ به ما يضربُ مثلُهُ للسَّلم؛ لأنّه لَمّا قالَ: على أن تفرغَه غداً أو بعدَ غد لا يكون سلماً؛ لأنَّ ذكرَ المدَّةِ للفراغِ من العملِ لا للمطالبة.

وعن الهنْدُوانيّ ﷺ: إن كان ذكرُ المدَّةِ من قبلِ المستصنع فليس بسلم؛ لأنّه للاستعجال، وإن كان من قبلِ الصانع فهو سَلَم؛ لأنّه للاستهمال، وقيل: إن ذكرَ أدنى مدَّة تتمكنُ فيها من العملِ فهو استصناع، وإن ذكرَ أكثرَ من ذلك فهو سَلَم، كذا في «كمال الدراية»[1].

[2]قوله: الاستصناع؛ في اللُّغة: طلبُ الصنعة، وفي «القاموس»[2]: الصناعة؛ ككتابةِ حرفةِ الصانع، وعمله: الصنعة. انتهى. وفي «المصباح»[3]: الصنعة: عملُ الصانع. انتهى. فعلى هذا يكون معنى الاستصناع: طلبُ عملِ الصانع.

وأمَّا شرعاً: فهو طلبُ العملِ من الصانعِ في شيءٍ مخصوصٍ على وجهٍ مخصوص، كما أشارَ إليه الشارحِ ﷺ بقولِه: أن يقول...الخ، ومن شروطِهِ بيانُ جنسِ المصنوعِ ونوعِهِ وقدرِهِ وصفتِه، وأن يكون ممّا فيه تعامل، وأن لا يكون مؤجّلاً وإلاَّ كان سَلَماً، وعندهما: المؤجَّلُ استصناع، إلا إذا كان ممَّا لا يجوزُ فيه الاستصناع، فينقلبُ سلماً في قولهم جميعاً. كما صرَّحوا به.

---

(١) «كمال الدراية»(ق٤٢٥).

(٢) «القاموس»(٣: ٥٤).

(٣) «المصباح»(ص٣٤٨).

....

فإن أجَّلَ أجلاً معلوماً كان سَلَماً سواء[١] جَرَى فيه التَّعاملُ أو لا ، فيعتبرُ فيه شرائطُ السَّلَمُ وإن لم يؤجِّلْ، فإنْ كان ممَّا يجري فيه التَّعاملُ صحَّ بطريق البيع[٢]

[١]قوله: **كان سلماً سواء...الخ**؛ وهذا عند الإمام، وقالا: إنَّ ضربَ الأجلِ فيما تعاملوا فيه، فهو استصناع؛ لأنّه حقيقةٌ فيه، فيحملُ عليه، ويكون ذكرُ الأجلِ للاستعجالِ لا للاستهمال، بخلافِ ما لم يتعاملوا فيه؛ لأنّه استصناعٌ فاسدٌ فيحملُ على السَلَمِ الصحيح.

ولأبي حنيفةَ ﷺ: إنَّ الاستصناعَ يحتملُ السَّلَم، فكان حملُهُ عليه أولى؛ لأنَّ جوازَه بالكتابِ والسنةِ والإجماع، وجوازُ الاستصناعِ بالتعاملِ في عرفهم، فلا يحمل عليه.

[٢]قوله: **صحَّ بطريقِ البيع**؛ استحساناً، والقياسُ أن لا يصحّ؛ لأنّه بيعُ المعدومِ وهو منهيٌّ عنه، وبه قال زفرُ والأئمَّةُ الثلاثة ﷺ.

ووجه الاستحسان: إنَّ رسولَ الله ﷺ: «استصنعَ خاتماً ومنبراً»[١]، وأنَّ المسلمينَ تعاملوه من لدنه ﷺ إلى يومنا هذا من غيرِ نكير، والتعاملُ بهذه الصفةِ أصلٌ كبيرٌ في الشرع، فصارَ كدخولِ الحمَّامِ بأجر، فإنّه جازَ استحساناً للتَّعامل، وإن أبى القياسُ جوازَه؛ لأنَّ مقدارَ المكث وما يصبُّ من الماءِ مجهول.

والمعدومُ قد يعتبرُ موجوداً حكماً، كطهارةِ المعذور، وكالنَّاسي للتَّسمية عند الذبح، فإنَّ التسميةَ جعلت موجودةً بعذرِ النِّسيان، فكذلك المستصنعُ المعدومُ جعلَ موجوداً حكماً للتَّعامل، ونَزَل منزلةَ الإجماعِ للتعامل.

---

(١) فعن ابن عمر ﷺ: «إن رسول الله ﷺ اصطنع خاتماً من ذهب فكان يجعل فصّه في باطن كفّه إذا لبسه، فصنع الناس، ثم إنه جلس على المنبر فنزعه، فقال: إني كنت ألبس هذا الخاتم، وأجعل فصه من داخل، فرمى به، ثم قال: والله لا ألبسه أبداً فنبذ الناس خواتيمهم» في «صحيح البخاري»(٥: ٢٢٠٥)، و«صحيح مسلم»(٣: ١٦٥٥)، و«صحيح ابن حبان» (١٣: ٣٠٢)، وغيرها.

فَيُجْبَرُ الصَّانِعُ على عملِه، ولا يَرْجِعُ الآمرُ عنه، والمبيعُ هو العينُ لا عَمَلُه، فإن جاء بما صنعَهُ غيره، أو صنعَهُ هو قبل العقد، فأخذَهُ صحَّ، ولا يتعيَّنُ له بلا اختيارِه، فصحَّ بيعُ الصَّانع قبل رؤيةِ الآمر، وله أخذُهُ وتركه

لا بطريقِ العِدَة[١](١)، فإن لم يَجْرِ فيه التَّعاملُ لا يجوز.

ثمَّ ذكرَ فروعَ أنَّه بيعٌ لا عِدَةٌ فقال: (**فَيُجْبَرُ الصَّانِعُ على عملِه، ولا يَرْجِعُ الآمرُ عنه، والمبيعُ هو العينُ لا عَمَلُه**[٢]، **فإن جاء بما صنعَهُ غيره، أو صنعَهُ هو قبل العقد، فأخذَهُ صحَّ، ولا يتعيَّنُ له بلا اختيارِه، فصحَّ بيعُ الصَّانع قبل رؤيةِ الآمر**(٢)، **وله أخذُهُ**[٣] **وتركه**

[١]قوله: **لا بطريقِ العِدة**؛ فيه تعريضٌ على الحاكمِ الشهيد ﷺ؛ فإنّه كان قائلاً: إذا جاءَ مفروغاً عنه ينعقدُ بالتعاطي؛ ولذا يثبتُ الخيارُ لكلِّ واحدٍ منهما، لكنَّ الصحيحَ من المذهبِ جوازُهُ بيعاً؛ لأنَّ محمّداً ﷺ سمّاه شراء.

فقال: كان المستصنعُ إذا رآه بالخيار؛ لأنّه اشترى ما لم يره، وذكر فيه القياس والاستحسان، وفصلَ بين ما فيه تعاملٌ وبين ما لا تعاملَ فيه، والمواعيدُ تجوزُ قياساً واستحساناً في الكلّ.

[٢]قوله: **لا عمله**؛ أي عملُ الصَّانع، وقال البرْدَعي ﷺ: عملُهُ نظراً إلى أنَّ الاستصناعَ مشتقٌّ من الصنع، وهو العمل، والأوَّل أصحّ؛ لأنَّ المقصودَ هو العين.

[٣]قوله: **وله أخذه...**الخ؛ يعني أنَّ المستصنِعَ - بكسرِ النونِ - بعد الرؤيةِ بالخيار إن شاءَ أخذه، وإن شاءَ تركه، ولا خيارَ للصَّانع، فيجبرُ على العمل، وعن الإمامِ أنَّ له الخيارُ دفعاً للضَّررِ عنه، والصَّحيحُ هو الأوَّل، وعن أبي يوسفَ ﷺ أنَّه لا خيارَ لواحدٍ منهما، كذا في «مجمع الأنهر»(٣)، وغيره.

---

(١) كما ذهب إليه الحاكم الشهيد ﷺ قائلاً إذا جاء مفروغاً عنه ينعقد بالتعاطي؛ ولذا يثبت الخيار لكلِّ واحد منهما، لكن الصحيح من المذهب جوازه بيعاً؛ لأن محمداً ﷺ ذكر فيه القياس والاستحسان وهما لا يجريان في المواعدة. ينظر: «مجمع الأنهر»(٢: ١٠٦).

(٢) أي المستصنع لعدم تعيّنه حينئذ؛ لأن تعيّنه باختيار الآمر، واختيار الآمر بعد رؤيته، ولا يثبت للمستصنع خيار الرؤية إذا جاء به الصانع على الصفة المشروطة عند أبي حنيفة ﷺ خلافاً لهما. ينظر: «فتح باب العناية»(٢: ٣٨٤).

(٣) «مجمع الأنهر»(٢: ١٠٦).

ولم يصحَّ فيما لا يُتَعامَلُ كالثَّوب

ولم يصحَّ[١] **فيما لا يُتَعامَلُ كالثَّوب)**: أي إذا لم يؤجَّلْ كما شرحناه.

[١]قوله: **ولم يصحَّ**؛ الاستصناعُ بلا أجلٍ فيما لا يتعاملُ هو فيه، كالثَّوب، يعني لو أمرَ حائكاً أن ينسجَ له ثياباً بغزلٍ من عنده بدراهم، لم يجزْ له، إذ لم يجرِ فيه التَّعامل، فيبقى على أصلِ القياسِ إلا إذا شرطَ فيه الأجل، وبيَّنَ شرائطَ السَّلَمِ فحينئذٍ يجوزُ بطريقِ السلم.

مسائل شتّى[1]

(صَحَّ بيعُ الكلبِ والفهدِ والسِّباعِ عُلِّمَتْ أو لا)، هذا عندنا[2]

[1]قوله: **مسائل شتى**؛ اعلم:

أوّلاً: أنَّ المسائلَ جمعُ المسألة، وهي عند أهلِ اللُّغة بمعنى السؤال، وعند أهل النظر: هي الدَّعوى من حيث أنّه يردُ عليه أو على دليله السؤال، وقد تطلقُ المسائلُ على القضايا التي يطلبُ بيانُها في العلوم، وهي في الأغلبِ نظريّات، وقد تكون ضروريّة، فتوردُ في العلم، إمّا لاحتياجها إلى تنبيهٍ يزيلُ عنها خفاءها، أو لبيانِ لِمّيّتها؛ لأنَّ القضية قد تكون بديهيّة دونَ لميتها، ككون النّارِ محرقة، فإنّه معلومُ الآنيّة، ومجهول اللمية.

وثانياً: إنّ شتّى جمع: شتيت، والشتات: يرا كَندن شتَّ الأمرُ واستشتّ وتشتَّتَ، بمعنى: امر شت كار براكَنده، وشتيت كذلك، قوم شتى، وأشياءٌ شتّى، وجاؤوا أشتاتاً؛ أي متفرِّقين، كذا في «الصراح».

وثالثاً: إن من عادات المصنِّفينَ أن يذكروا عقيبَ الأبوابِ ما شذَّ منها من المسائل، فتصيرُ مسائلَ من أبوابٍ متفرِّقة، فتترجم تارةً: بمسائلَ منثورة، وتارةً بمسائلَ شتى، والمعنى واحد.

[2]قوله: **هذا عندنا**...الخ؛ توضيحُ الكلامِ بحيثُ ينكشفُ به المرام، إنَّ بيعَ الكلبِ والفهدِ وسائرِ السباعِ جائزٌ عندنا مطلقاً، سواءً عُلِّمَت أو لا، وعند أبي يوسفَ ﷺ يجوزُ بيع الكلبِ إلاَّ العقور: أي الجارح، وهو الذي لا يقبلُ التعليم؛ لأنّه غيرُ منتفعٍ به.

وقال في «الهداية»(1): وعن أبي يوسفَ ﷺ أنّه لا يجوزُ بيعُ الكلبِ العقور. انتهى. وهذا دالٌّ على أنَّهُ روايةٌ عنه، ونصَّ في «نوادر هشام» عن محمَّد ﷺ على جوازِ بيعِ العقور، وتضمينِ مَن قتله، وعن أبي يوسف ﷺ منعُ بيعِ العقور.

(1) «الهداية»(3: 79).

....

وعند أبي يوسفَ ﷺ لا يجوزُ بيعُ الكلبِ العقورِ، وعند الشَّافِعِيِّ[1] ﷺ لا يجوزُ بيعُ الكلبِ أصلاً بناءً على أنَّه نَجِسُ العينِ عنده، وعندنا إنَّما يجوزُ بناءً على الانتفاعِ به وبجلدِه.

فذكرَ في «المبسوط»[2]: إنّه لا يجوزُ بيعُ الكلبِ العقورِ الذي لا يقبلُ التَّعليم، وقال: هذا هو الصَّحيحُ من المذهب، وهكذا القولُ في الأسدِ إذا كان يقبلُ التَّعليمَ ويصادُ به أنَّه يجوزُ بيعُه، وإن كان لا يقبل التعليمَ والاصطيادَ به لا يجوز، والفهدُ والبازيُّ يقبلانِ التعليم فيجوزُ بيعُهما على كلِّ حال.

وأجيبَ عن استدلالِ أبي يوسفَ ﷺ: بأنّه ينتفعُ بجلده؛ لأنّه يطهرُ بالدباغ، ويكون المتلفُ ضامناً؛ لأنَّ «النَّبيَّ ﷺ قضى في كلبٍ بأربعينَ درهماً» من غيرِ تخصيصِهِ بنوع، ذكرَهُ في «مجمع الأنهر»[3]، وغيره.

وفيه أنَّه حدَّث الطَّحاويُّ ﷺ في «شرحِ معاني الآثار»: عن عبد الله بن عمرو ﷺ أنّه ﷺ «قضى في كلبِ صيدٍ قتلَه رجلٌ بأربعينَ درهماً»[4]، فهذا مخصوصٌ بنوع. فافهم.

وقال الشافعيّ ﷺ: لا يجوزُ بيعُ الكلبِ مطلقاً، وهو قولُ أحمدَ وبعضِ أصحابِ مالك ﷺ، وأما اقتناءُ الكلبِ للصَّيدِ أو لحفظِ الزرع، أو المواشي، أو البيوتِ فجائزٌ بالإجماع، كما صرّحَ به العلامةُ الشُّمُنِّيّ ﷺ[5]، ووجهُ عدمِ جوازِ بيعِ الكلبِ مطلقاً كما قال به الشافعيّ ﷺ أنّه نجسُ العين، والنجاسةُ مشعرةٌ بذلَّةِ المحلّ، وجوازُ البيعِ معلمٌ بإعزازه.

وأيضاً ما روى ابنُ حِبَّانَ في «صحيحه» عن أبي هريرةَ ﷺ: إنَّ رسولَ الله ﷺ قال: «إنَّ مهرَ البغي، وثمنَ الكلب، وكسبَ الحاجمِ من السحت»[6]، والمرادُ بمهرِ البغي:

---

(١) ينظر: «الأم»(٢: ٥٢)، و«روض الطالب»(٢: ٣٠)، و«الغرر البهية»(٢: ٤٠٢)، وغيرها.
(٢) «المبسوط»(١١: ٢٣٥).
(٣) «مجمع الأنهر»(٢: ١٠٨).
(٤) في «شرح معاني الآثار»(٤: ٥٨)، و«سنن البيهقي الكبير»(٦: ٨)، و«سنن الدارقُطْنِي»(٤: ٢٤٣)، و«مصنف ابن أبي شيبة»(٤: ٣٤٨)، وغيرها.
(٥) في «كمال الدراية»(ق٤٢٦).
(٦) في «صحيح ابن حبان»(١١: ٣١٥)، و«صحيح مسلم»(٣: ١١٩٩)، وغيرها.

....

....

أجرةُ الزانية، والسحتُ بمعنى الحرام.

ولنا: ما روى الإمامُ أبو حنيفةَ ﷺ في «مسنده»: عن الهيثم عن عكرمةَ عن ابن عبَّاسٍ ﷺ أنّه قال: «رخَّصَ رسولُ الله ﷺ في ثمنِ كلبِ الصيد»[1]، قال صاحبُ «الفتح»[2]: هذا سندٌ جيِّدٌ، فإنَّ الهيثمَ ذكرَهُ ابنُ حبَّانَ في «الثقات» من أثباتِ التابعين، فهذا الحديثُ على رأيهم يصلحُ مخصّصاً، والمخصَّصُ بيانٌ للمرادِ العام فيجوز، وإن كان دونه في القوَّةِ عندهم، حتى أجازوا تخصيصَ العام القاطع بخبرِ الواحدِ ابتداءً، فبطلَ مدَّعاهم من عمومِ منعِ البيع.

ثمَّ دليلُ التخصيص مما يعلّل ويخرج من العام مرّة أخرى، وتعليلَ إخراج كلبِ الصيد ساطع أنّه لكونِه منتفعاً به، وخصوصُ الاصطيادِ ملغيٌّ فصارَ الكلبُ المنتفعُ به خارجاً، سواء انتفعَ به في صيدٍ أو حراسةِ ماشية. انتهى.

ولأنّه منتفعٌ به حراسة واصطياداً، أمّا انتفاعُه به حراسة؛ فلأنَّ كلَّ كلبٍ يحفظُ بيتَ صاحبِهِ ويمنعُ الأجانبَ عن الدخولِ فيه، ويغيرُ على الجاني بنباحه عليه، وأمّا الانتفاعُ به اصطياداً فظاهر، فكانَ الكلبُ مالاً متقوّماً، وكلُّ مالٍ متقوّم يجوزُ بيعُهُ، فكذا يجوزُ بيعُ الكلب.

أمَّا كونُهُ مالاً؛ فلأنَّ المالَ ما خلقَ لمصلحةِ الآدميّ شرعاً، وهذا كذلك.

وأمَّا كونُهُ متقوّماً؛ فلأنّه محرزٌ مأذونٌ شرعاً في الانتفاعِ والملكُ يثبتُ بالإحرازِ بدار الإسلام، والتقوُّمُ بالتموّل، وكلاهما مأذونٌ فيه شرعاً، إذ قد أذنَ الشرعُ في اقتناءِ كلب الماشيةِ والصيد، وإذا كان كذلك فيجوزُ بيعُه. كذا في «الفتح»[3]، بخلافِ الهوامِّ المؤذية؛ لأنّه لا ينتفعُ بها، بل هي مضرّة.

وأمَّا الجوابُ عن استدلالِ الشافعيِّ ﷺ رواية، فبأنَّ ما رواهُ محمولٌ على ابتداءِ الإسلام، فإنّهم كانوا ألغوا اقتناءَ الكلاب، فكانت الكلابُ فيهم تؤذي الصبيانَ

---

(١) في «جامع مسانيد أبي حنيفة»(٢: ١٠)، و«المجتبى»(٧: ١٩٠)، وغيرها.

(٢) «فتح القدير»(٦: ٣٤٦).

(٣) «فتح القدير»(٦: ٢٤٧).

والذِّميُّ في البيعِ كالمسلمِ إلا في الخمرِ والخِنْزيرِ

(والذِّميُّ في البيع كالمسلمِ[١](١) إلا في الخمرِ والخِنْزيرِ[٢]

والغرباء، فنهوا عن اقتنائها، فشقَّ ذلك عليهم، فأمروا بقتلِ الكلاب ونهوا عن بيعِها تحقيقاً للزجرِ عن العادةِ المألوفة، ثمَّ رخَّصَ لهم بعد ذلك ثمنَ ما يكونُ منتفعاً به، وهو كلبُ الصيدِ والحرثِ والماشية، ذكره العلامة السِّغْنَاقي.

لا يقال: ما رواه محرِّمٌ، وما رويتُم مبيحٌ، والمحرِّمُ يقدَّمُ على المبيح؛ لأنَّا نقول: هذا إذا لم يدلَّ الدليلُ على السبق، وأمَّا إذا دلَّ فلا، ودليلُ السبقِ هاهنا ظاهر؛ لأنّه ﷺ كان يشدِّدُ في أمر الكلاب، قلنا لهم عن الاقتناء، وكان ذلك في ابتداءِ الإسلام فيكون المحرَّمُ سابقاً، وترى كثيراً من الأحكامِ نسخت بعد زمان.

وأمَّا الجوابُ عن درايته: فبأنَّا لا نُسَلِّمُ نجاسةَ عينه، ولو سُلِّمَ فنجاسةُ عينِهِ توجبُ حرمةَ أكله، لا منعَ بيعِه، بل منعُ البيعِ يمنعُ الانتفاعُ شرعاً؛ ولهذا أجزنا بيعَ السِّرقينِ والبعرِ مع نجاسةِ عينهما؛ لإطلاقِ الانتفاعِ لهما عندنا، بخلافِ العَذِرة، فإنّه لم يطلقْ الانتفاعُ بها.

وبخلافِ الخمرِ والخنْزير فإنَّ كلاً منهما ليس بمالٍ متقوِّمٍ في حقّنا، وفي «المبسوط»: لا يجوزُ بيع هوامِّ الأرضِ وما في البحر إلاَّ السمك، وفي «النوازل»: يجوزُ بيع الحيَّات إذا كان ينتفع بها.

[١]قوله: **كالمسلم**؛ لأنَّ أهلَ الذمَّةِ قد التزموا أحكامنا بالإقامةِ في دارنا، وإعطاء الجزية، فهم مكلّفونَ بالمعاملات، محتاجون إلى ما يبقى به نفوسُهم كالمسلمين، ولا تبقى نفوسهم إلاَّ بالطَّعامِ والشرابِ والكسوة والسُّكنى، وغيرُ ذلك ممَّا لا بدَّ للإنسانِ منه.

وكلٌّ من هذه الأشياءِ الضروريَّةِ لا يتصوَّرُ حصولُهُ إلاَّ بمباشرةِ الأسبابِ المعهودةِ المشروعة، ومن جملتِها البيع، فيكون مشروعاً في حقّهم أيضاً، كما هو مشروعٌ في حقّنا.

[٢]قوله: **إلا في الخمر والخنزير**؛ قال في «البحر»(٢) معزياً إلى «البدائع»(٣): لا

---

(١) لأنه مكلّف بموجب المعاملات، فما جاز للمسلم من البياعات جاز له، وما لا فلا. ينظر: «فتح باب العناية»(٢: ٣٨٥).
(٢) «البحر الرائق»(٦: ١٨٨).
(٣) «بدائع الصنائع»(٥: ١٤٣).

وهما في عقد الذِّمي كالخَلِّ والشَّاة في عقد المسلمِ، ومَن زوَّجَ مشريتَهُ قبل قبضِها صحَّ، فإن وُطئتْ فقد قُبِضَتْ، وإلا فلا

وهما في عقد الذِّمي كالخَلِّ والشَّاة في عقد المسلمِ)، حتى يكون الخَمرُ من ذواتِ الأمثال، والخِنْزيرُ من ذواتِ القيم.

(ومَن زوَّجَ[1] مشريتَهُ قبل قبضِها صحَّ، فإن وُطئتْ فقد قُبِضَتْ، وإلا فلا) أي بمجرّدِ التَّزويج لا يكونُ قابضاً استحساناً، والقياسُ أن يصيرَ قابضاً[2]

يمنعون من بيعِ الخمرِ والخنْزير، أمَّا على قولِ بعضِ مشايخنا؛ فلأنّه يباحُ الانتفاعُ شرعاً لهم، فكان مالاً في حقهم.

وعند البعضِ حرمتُها ثابتةٌ على العمومِ في حقِّ المسلمِ والكافر؛ لأنَّ الكفَّار مخاطبون بالشرائع في المحرَّمات، وهو الصحيحُ من مذهبِ أصحابنا، فكانت الحرمةُ ثابتةً على العمومِ في حقهم، لكنَّهم لا يمنعونَ من بيعهما؛ لأنَّهم لا يعتقدون حرمتَهما ويتموَّلونَهما، وقد أمرنا بتركِهم وما يدينون. انتهى.

وفائدةُ الاستثناءِ أنَّ بيعَ الخمرِ والخنْزيرِ وشراءهما من المسلم باطل، حتى لو اشترى عصيراً فلم يقبضْه حتى صارَ خمراً فسدَ البيعِ، وأمّا عندهم فكلٌّ منهما مال متقوِّم، فلو لم يجزْ لهم بيعهما لم يظهرْ فائدةُ الماليَّةِ في حقهم، فيكون إضراراً لهم.

وقال القُهُسْتَانِيّ(١): في تخصيصِ الخمرِ إشعارٌ بجوازِ بيع سائرِ الأشربةِ المحرّمة؛ ولذا وجبَ الضَّمانُ على المستهلكِ عنده، ولم يجبْ عندهما. انتهى.

[١]قوله: **ومن زوّج...الخ**؛ يعني إذا اشترى وزوَّجها برجلٍ قبل أن يقبضَها من البائع صحَّ التزويج؛ لثبوتِ الولايةِ عليه بالشراء؛ لأنّه سببُ الملك، فيجعلُ التصرُّفُ بالتزويجِ في المبيعِ المنقولِ قبل القبضِ كالإعتاقِ والتدبيرِ في عدم الانفساخ.

بخلافِ التصرُّفِ بمثلِ البيعِ قبل القبض، إذ هو ينفسخُ بهلاكِ المبيعِ قبل قبضه؛ ولأنَّ القدرةَ على التسليمِ شرطٌ في البيع، وذلك لا يكونُ إلا بعد القبض، وليس بشرطٍ لصحَّة النكاح، فعلى هذا لا يجوزُ بيعُ الآبقِ ويجوزُ تزويجه.

[٢]قوله: **والقياس أن يصيرَ قابضاً**؛ وهو روايةٌ عن أبي يوسفَ ﷺ حتى إن هلكت بعد ذلك تهلكُ من مالِ المشتري، كذا في «العناية»(٢).

---

(١) في «جامع الرموز»(٢: ٤٤).

(٢) «العناية» (٦: ٢٥١).

ومَن اشترى شيئاً، وغاب غيبةً معروفةً، فأقامَ بائعُهُ بيِّنةً على أنَّه باعَهُ منه لم يَبِعْ في دَيْنِه، وإن جَهِلَ مكانَهُ بِيعَ

لأنَّها تعيَّبت[١] بالتَّزويج، وجهُ الاستحسانِ[٢] أن التَّعيُّبَ الحقيقي استيلاءٌ على المحلِّ، فيكونُ قَبْضاً بخلافِ التَّعيُّبِ الحكميّ.

(**ومَن اشترى شيئاً، وغاب غيبةً معروفةً، فأقامَ بائعُهُ بيِّنةً على أنَّه باعَهُ منه لم يَبِعْ في دَيْنِه**): أي في ثَمَنِ المبيع، بل يطلبُ الثَّمنَ من المشتري، فإنَّ مكانَهُ معلومٌ[٣]، (**وإن جَهِلَ مكانَهُ بِيعَ**): أي بِيعَ وأُوْفَى الثَّمَنُ[٤].

[١]قوله: **تعيّبت**؛ تعيّباً حكمياً، ألا ترى أنّه لو وجدَ المشتراةَ مزوّجةً يردُّها بالعيب.

[٢]قوله: **وجه الاستحسان... الخ**؛ حاصلُهُ: أنّه لم يتّصل بها فعلٌ حسيٌّ من المشتري، والتزويجُ فعلُ تعييبٍ حكميّ بمعنى تقليلِ الرغباتِ فيها، كنقصانِ السِّعر، والتفصيلُ(١) في «النهر» و«البحر».

[٣]قوله: **فإنَّ مكانه معلوم**؛ فيمكن أن يتوصَّلَ إلى حقِّهِ بالذهابِ إليه، فلا حاجة إلى بيعه؛ لأنَّ فيه إبطالُ حقِّ المشتري في العين.

[٤]قوله: **أي بيعَ وأوفَى الثمن**؛ أي باعَه القاضي؛ لأنّه نصَّبَ ناظراً للعاجزين، ونظرهما في بيعه؛ لأنَّ البائعَ يصلُ إلى حقِّه، والمشتري تَبْرُؤُ ذمَّتُه من ثمنه.

فإن قلت: القضاءُ على الغائبِ لا يجوز، فكيف جاز هاهنا.

قلت: ليست بيِّنةُ البائعِ هنا للقضاءِ على الغائب، وإنّما هي لنفي التهمةِ وانكشافِ الحال.

فإن قلت: هذا بيعٌ قبل القبضِ وهو غير جائز، فكيف يباع.

قلت: هذا البيعُ ليس بمقصودٍ هنا؛ لأنَّ المقصودَ إحياءُ حقِّهِ في ضمنِهِ فصحَّ بيعه، والشيءُ يصحُّ ضمناً، وإن لم يصحَّ قصداً، وقيل: يوكِّلُ القاضي من يقبضُهُ ثمَّ يبيعُه، وفيه نظرٌ لما فيه من إبطالِ يدِ البائعِ قبل إيفاءِ الثمن، ثمَّ إذا بيع وأوفى ثمنه فإن فضلَ شيءٌ منه يمسكُ للمشتري الغائب؛ لأنّه يدلُّ ملكه، فإن لم يفِ بالدَّين وبقيَ شيءٌ منه،

---

(١) ينظر: «الفتح»(٧: ١٢٥).

وإن اشترى اثنانِ وغابَ واحدٌ، فللحاضرِ دفعُ ثمنِه، وقبضُهُ وحبسُهُ إن حَضَرَ الغائبُ إلى أن يأخذَ حصَّتَهُ

(**وإن اشترى اثنانِ وغابَ واحدٌ، فللحاضرِ دفعُ ثمنِه، وقبضُهُ وحبسُهُ إن حَضَرَ الغائبُ إلى أن يأخذَ حصَّتَهُ**): هذا عند[1] أبي حنيفةَ ﷺ ومحمّد ﷺ؛ وذلك لأنَّه[2] مضطرٌ لا يُمْكِنُهُ الانتفاعُ بنصيبِهِ إلاَّ بأداءِ جميعِ الثَّمن، فإذا أدَّاهُ لم يكن مُتَبَرِّعاً، فإن حَضَرَ الغائبُ لا يأخذُ حصَّتَهُ إلاَّ إن سَلَّم ثَمَنَ حصَّتِهِ إلى شريكِه، وعند أبي يوسف[3] ﷺ هو متبرِّعٌ في أداءِ حصّةِ شريكِه؛ لأنَّه دَفَعَ دينَ غيرِهِ بغيرِ أمرِه.

تبعَهُ البائعُ إذا ظفرَ به، كذا في «المنح»(١).

[١]قوله: هذا عند...الخ؛ والخلافُ في مواضع:

أحدُها: في قبضِ جميعِ المبيعِ على تقديرِ إيفاءِ الثمنِ كلّه.

والثاني: في حبسِ نصيبِ الغائب عنه إذا حضر.

والثالث: من الرجوعِ عليه بما أدَّى.

والرابع: في إجبارِ البائعِ على قبولِ ما أدَّاه الحاضرُ من نصيبِ الغائب، عندهما: يجبر، وعنده: لا.

والخامس: في إجبارِ البائعِ على تسليمِ نصيبِ الغائبِ من المبيعِ إلى الحاضرِ عند إيفاءِ الثمنِ كلّه، فعندهما: يجبر، وعنده: لا، كذا في «الرمز»(٢).

[٢]قوله: وذلك لأنّه...الخ؛ توضيحُهُ: إنَّ الحاضرَ في دفعِ كلِّ الثمنِ مضطر، فإنّه لا يتصوَّر له الانتفاعُ بنصيبِهِ إلا إذا أدَّى جميعَ الثمن؛ لكونِ البيعِ صفقة واحدة، وللبائعِ قدرةُ الحبسِ ما بقيَ شيءٌ من الثمن، والمضطرُ يثبتُ له الرجوع، فلهُ حقُّ الحبسِ عن الغائبِ إلى أن يستوفيَ حقَّه، كما أنَّ الوكيلَ إذا قضى الثمنَ من عنده فله حبسُ المبيعِ عن الموكّلِ إلى أن يعطيَ جميعَ الثمن.

[٣]قوله: وعند أبي يوسف ﷺ...الخ؛ حاصلُهُ: إنّه قال: إذا دفعَ ثمنَهُ لا يأخذُ إلا نصيبَه بطريقِ المُهَايأة، وكان متبرّعاً فيما أدَّى عن صاحبه؛ لأنّه قضى دينَ الغائبِ بغيرِ

(١) «منح الغفار»(ق٢: ٦٨/ب).
(٢) «رمز الحقائق»(٢: ٥٩).

وإن اشترى أمةً بألفِ مثقالٍ من ذَهَبٍ وفضةٍ يَجِبُ من كلٍّ نصفه، وفي بألفٍ من الذَّهبِ والفضةِ يجبُ من الذهبِ مثاقيلُ، ومن الفضةِ دراهمُ وزنُ سبعةٍ

(وإن اشترى أمةً بألفِ مثقالٍ[١] من ذَهَبٍ وفضةٍ يَجِبُ من[٢] كلٍّ نصفه، وفي بألفٍ من الذَّهبِ والفضةِ يجبُ من الذهبِ مثاقيلُ، ومن الفضةِ دراهمُ وزنُ سبعةٍ[٣])

أمره، فكان متبرِّعاً فيه، ولا جبرَ على المتبرِّع، ولا رجوعَ في التبرُّعات، وهو أجنبيٌّ فلا يقبضه؛ ولهذا لو كان حاضراً لكان متبرِّعاً بالإجماع.

[١]قوله: **بألفِ مثقال**؛ قيل: وكان الواجبُ أن يقيِّد المصنِّفُ ﷺ بالجودةِ والرداءةِ أو الوسط؛ لأنَّ الناسَ لا يتبايعونَ بالتِّبر، فلا بُدَّ من بيانِ الصفةِ قطعاً للمنازعة؛ ولذا قيَّدَه محمَّدٌ ﷺ بها في «الجامع الصغير»، وبيوع «الأصل»، ويجوزُ أن يقال: تركه لكونِهِ معلوماً من أوَّل «كتاب البيوع» أنَّ ذلك لا بُدَّ منه، كذا في «العناية»[١].

[٢]قوله: **يجب من...الخ**؛ يعني يجبُ خمسمئة مثقال ذهب، وخمسمئة مثقال فضّة؛ لأنّه أضافَ المثقالَ إليهما على السواء، فيجبُ من كلٍّ واحدٍ نصفه؛ لعدمِ الأولويّة، بخلافِ ما إذا اشترى جاريةً بألفٍ من الذهبِ والفضة، حيث يجبُ من الذهبِ مثاقيل، ومن الفضَّةِ دراهم؛ لأنّه أضافَ الألفَ إليهما، فينصرفُ إلى الوزنِ المعهودِ من كلٍّ منهما.

وعلى هذا لو قال: على كُرٍّ حنطةٍ وشعير، وسمسم يجبُ عليه من كلِّ جنسٍ ثُلُثُ الكرّ، وهذه قاعدةٌ في المعاملاتِ كلِّها؛ كالمهرِ والوصيَّةِ والوديعةِ والغصبِ والإجارةِ وبدلِ الخلعِ وغيرِه في الموزونِ والمكيلِ والمعدودِ والمذروع.

[٣]قوله: **وزنُ سبعة**؛ ذكرَ في «الفتح»[٢]: إنَّ انصرافَ الدَّراهمِ إلى وزنِ سبعةٍ إذا كان متعارفاً في بلدِ العقد، وأمَّا في عرفِ مصر، فلفظُ الدرهمِ ينصرفُ الآن إلى زنةِ أربعةِ دراهمَ بوزنِ سبعةٍ من الفلوس، إلاَّ أنّ يعقدَ بالفضَّةِ فينصرفُ إلى درهمٍ بوزنِ سبعة.

---

(١) «العناية»(٦: ٢٥٥).

(٢) «فتح القدير»(٦: ٢٥٥).

ولو قبضَ زيفاً بدلَ جيدٍ جاهلاً به وأنفق أو نفقَ

وزنُ السَّبْعَةِ قد سبقَ[١] في «كتاب الزكاة».

(ولو قبضَ زيفاً[٢] بدلَ جيدٍ جاهلاً[٣] به وأنفق أو نفقَ)

وأخذَ منه في «البحر»(١) أنَّ الواقفَ بمصر لو شرطَ دراهمَ للمستحقّ، ولم يقيِّدها ينصرفُ إلى الفلوسِ النحاس، وإن قيّدها بالنُّقْرةِ ينصرفُ إلى الفضَّة، واعترضَه في «النهر» بأنَّ ما في «الفتح» حكايةٌ عمّا في زمنِه، ولا يلزمُ منه كونُ كلِّ زمنٍ كذلك، فالذي ينبغي أن لا يعدلَ عنه اعتبارُ زمنِ الواقفِ إن عرف، وإلا صرفُ إلى الفضّة؛ لأنّه الأصل، كذا في «ردِّ المحتار»(٢).

[١]قوله: **قد سبق**...الخ؛ حيث ذكرَ نصابَ الفضّة، وقال: وللفضَّةِ مئتا درهم، كلّ عشرةٍ منها سبعةُ مثاقيل، اعلم أنَّ هذا الوزنَ يسمّى سبعة، وهو أن يكونَ الدرهمُ سبعةُ أجزاءٍ من الأجزاءِ التي يكون المثقالُ عشرة منها: أي يكون الدِّرهمُ نصفَ مثقال وخمس مثقال.

فيكون عشرة دراهمٍ بوزنِ سبعة مثاقيل، والمثقالُ عشرونَ قيراطاً، والدِّرهمُ أربعةَ عشرَ قيراطاً، والقيراطُ خمسُ شعيرات. انتهى. وقد ذكرتُ هذا البحث مبسوطاً في «حلِّ الضروريّ لمختصر القُدُوريّ».

[٢]قوله: **زيفاً**؛ قيَّدَ بالزيفِ لأنَّ الدراهمَ لو كانت سَتُّوقةً أو نَبَهْرَجةً فأتلفها فإنّه يردُّ مثلها، ويرجعُ بالخيارِ اتّفاقاً، وفي «الواقعاتِ الحساميّة» من «البيوع»: تكلَّموا في معرفةِ الزيوفِ والنَبَهْرَجة.

فقال أبو نصر ﷺ: الزيوفُ دراهمٌ مغشوشة، أمّا النَبَهْرَجةُ التي تضربُ في غيرِ دارِ السلطان، والسَّتُّوقة: صُفْرٌ مموّه بالفضة، وقال الفقيه أبو جعفر ﷺ: الزيوفُ ما زيّفه بيتُ المال، يقال في عرفنا: غِطْريفيٌّ لا غير، والنَبَهْرَجةُ لا يقبلُهُ التجّار، كذا في «البحر»(٣).

[٣]قوله: **جاهلاً به**؛ هذا القيدُ إنّما أفادَ بيان محلِّ الاختلافِ بين أبي حنيفةَ ومحمّد وبين أبي يوسف ﷺ؛ لأنّه لو عَلِمَ به وأنفقَه كان قضاءً اتّفاقاً، كما صرَّحوا به؛ لأنّه

---

(١) «البحر الرائق»(٦: ١٩٢).

(٢) «رد المحتار»(٤: ٢١٧).

(٣) «البحر الرائق»(٦: ١٩٢).

فهو قضاءٌ، وعند أبي يوسفَ ﷺ يَرُدُّ مثل زيفِه، ويرجعُ بجيدِه

أي هَلَكَ، (فهو قضاءٌ[١]، وعند أبي يوسفَ(١) ﷺ يَرُدُّ مثل زيفِه، ويرجعُ بجيدِه)(٢): لأنَّ[٢] حقَّهُ في الوصفِ مراعاً ولا قيمةَ له، فوجَبَ المصيرِ إلى ما ذكرنا، قلنا[٣]: الزَّيف من جنسِ حقِّه، ووجوب الزَّيفِ عليه؛ ليأخذَ الجيدَ إيجابٌ له عليه، ولم يُعْهَدْ في الشَّرْعِ مثلُه.

صارَ راضياً بتركِ حقِهِ في الجودة.

[١]قوله: فهو قضاء؛ لحقّه فيكون مؤدّياً عليه من تلك الدراهم، ولا رجوعَ عليه بشيء عند الطرفين.

[٢]قوله: لأنّ...الخ؛ حاصلُهُ: أنَّ حقَّ صاحبِ الدينِ في وصفِ الدَّينِ من حيثُ القدر، فلو كان المقبوضُ دون حقّهِ قدراً لم يسقطْ حقُّهُ في المطالبةِ بقدرِ النقصان، فكذلك إذا كان دونَ حقّهِ وصفاً، إلا أنّه يتعذّرُ ذلك؛ لأنّه لا قيمةَ للجودةِ عند المقابلةِ بجنسها، فيردُّ عينَ المقبوضِ إذا كان قائماً، ومثله إن كان مستهلكاً؛ لأنَّ مثلَ الشيء يحكى عنه، كذا قرَّره العلامةُ السِّغْنَاقِيُّ ﷺ.

[٣]قوله: قلنا؛ حاصلُهُ: إنَّ الزيفَ من جنسِ حقِّ القابضِ، بدليل أنّه لو تجوَّز به في الصَّرفِ والسلمِ جاز، ولو لم يكن من جنسِهِ لكان استبدالاً، وهو حرام، فلم يبقَ إلا الجودة، ولا قيمةَ لها، فلا يمكن تداركها بإيجابِ ضمانها، ووجوبُ الزَّيفِ عليه؛ لأخذِ الجيّدِ إيجابٌ له عليه، فإنَّ المضمونَ عليه هو الأصل، وهو مستوفى، فإيجابُ الضمانِ باعتبارِهِ إيجابٌ له عليه، ولم يعهدْ في الشرعِ نظيره.

---

(١) والفتوى على قوله كما في «العيون»، وأقرَّه صاحب «الايضاح»(ق١٠٢/ب)، و«الشرنبلالية»(٢: ١٩٩)، وقال صاحب «الدر المنتقى»(٢: ١١٠): وبه يفتى.

(٢) حاصل المسألة: إذا كان له على آخر عشرة دراهم جياد فقضاه زيوفاً وهو لا يعلم فأنفقها أو هلكت فهو قضاء عند أبي حنيفة ﷺ ومحمد ﷺ، وقال أبو يوسف ﷺ يرد مثل زيوفه ويرجع بجياده؛ لأن حقّه في الوصف مرعي كحقّه في الأصل ولا يمكن رعايته بإيجاب ضمان الوصف، إذ لا قيمة له عند المقابلة بجنسه فوجب الرجوع إلى ما قلنا. ولهما: أنه من جنس حقه حتى لو تجوز به فيما لا يجوز الاستبدال جاز فيقع به الاستيفاء ولا يبقى حقّه إلا في الجودة ولا يمكن تداركها بإيجاب ضمانها لما مر، ولا بإيجاب ضمان الأصل؛ لأنه إيجاب له عليه ولا نظير له. كذا في الكتب المشهورة. ينظر: «الدرر»(٢: ١٩٩).

ولو فَرَّخَ أو باضَ طيرٌ في أرضٍ، أو تكسَّرَ ظَبْيٌ فيها، فهو للآخذ

ويردُ عليه[1]: أن مثل هذا في الشَّرع كثيرٌ، فإن جميعَ تكاليف الشَّرْع من هذا القبيل؛ لأنَّها إيجابُ ضررٍ قليلٍ؛ لأجلِ نفعٍ كثير.

(ولو فَرَّخَ[2] أو باضَ طيرٌ في أرضٍ، أو تكسَّرَ ظَبْيٌ(١) فيها، فهو للآخذ): أي لا يكونُ لصاحب الأرض؛ لأنَّ[3] الصيدَ لمن أخذه، والمرادُ بتكسُّرِ الظَّبي إنكسارُ رِجْلِه، وإنَّما قال: تَكَسَّر؛ لأنَّه لو كَسَرَها أحدٌ يكون له لا للآخذ، وفي بعضِ الرِّواياتِ تَكَنَّسَ(٢): أي دَخَلَ في الكِناس(٣): وهو مأواه

[١]قوله: يردّ عليه...الخ؛ ويمكن الجوابُ عنه بالمنع، وهو أنّه ليس شيءٌ من تكاليفِ الشرعِ من هذا القبيل، فإنَّ الضررَ فيها دنيويّ، والنفع أخرويّ، ولا يجوزُ للعبدِ تركُ النفع الأخروي؛ لأنّه حقُّ اللهِ جل جلاله.

بخلافِ ما نحنُ فيه، فإنَّ الضررَ والنفعَ فيه دنيويان، ويجوزُ للعبدِ تركُ النفع الدنيويّ، حتى لو تساهلَ به جاز، بل هو ممّا يعدُّ من الصفاتِ الحسنة، والفضائل المستحسنة، فقياسُ ما نحنُ فيه على تكاليفِ الشرعِ قياسٌ مع الفارقِ فافهم.

[٢]قوله: ولو فرخ؛ قال في «الصراح»: فرخ: جوزه، فرخة مؤنّث أفرخ أفراخ فرّاخ ج أفراخ جوزه بيرون آدرون مرغ، يقال: أفرخ الطائر وفرَّخ. انتهى.

[٣]قوله: لأنَّ...الخ؛ يعنى لأنَّ كلَّ واحدٍ صيدٌ، وإن لم يؤخذْ بحيلة، فإنَّ كونَه مأخوذاً بغيرِ حيلة لا يخرجُهُ عن كونِهِ صيداً، كصيدٍ انكسرَ رجلُهُ في أرض أحد، والصيدُ يكون لمَن أخذه، والبيضُ في حكمِ الصيد؛ لأنّه أصلُ الصيد.

ألا ترى أنّه يجبُ الجزاءُ على المحرمِ بكسرِه، كما يجبُ بالاصطياد، وهذا إذا لم تكنْ أرضُهُ مهيّأةً لذلك، وإن كانت مهيّأةً للاصطياد، فهو لصاحبِ الأرض؛ لأنَّ الحكمَ لا يضافُ إلى السببِ الصالحِ إلا بالقصد، فمَن حفرَ في أرضِهِ بئراً ليسقطَ فيها، أو أعدَّ مكاناً للفراخ.

فلمّا أعدها لذلك لا يملكها الآخذ، بل صاحبُ الأرضِ يصيرُ بذلك قابضاً

(١) الظَّبي: الغزال. ينظر: «حياة الحيوان»(٢: ١٠٢).
(٢) تَكَنَّس: أي استتر. ينظر: «كشف الحقائق»(٢: ٤٣).
(٣) كِناس الظَّبي: بيتُه. ينظر: «المصباح»(ص٥٤٢).

كصيدٍ تعلَّقَ بشبكةٍ نصبتْ للجفاف، أو دراهمَ أو دنانير أو سكرٍ نُثِرَ فوقَعَ على ثوبٍ لم يعدَّ له، ولم يكفَّ

بخلافِ ما إذا أَعدَّ صاحبُ الأرضِ أرضَهُ لذلك، وبخلافِ ما إذا عَسَلَ النَّحل في أرضِه[1].

(**كصيدٍ تعلَّقَ بشبكةٍ نصبتْ للجفاف، أو دراهمَ أو دنانير أو سكرٍ نُثِرَ فوقَعَ على ثوبٍ لم يعدَّ له، ولم يكفَّ**) حتى إن أُعِدَّ الثَّوب لذلك، فهو لصاحبِ الثَّوْب، وكذا إن لم يُعَدَّ له، لكن لمَّا وَقَعَ كفَّهُ صارَ بهذا الفعلِ له.

حكماً، بخلافِ مَن نصبَ شبكةً للجفاف، فتعلَّق بها صيدٌ فهو للآخذ؛ لأنَّ صاحبَ الشبكةِ لم يعدَّها الآن للأخذ.

[1]قوله: وبخلافِ ما إذا عسلَ النحلُ في أرضه؛ فإنَّ العسلَ عدَّ من زياداتِ الأرض، فيملكُهُ صاحبُ الأرضِ تبعاً لأرضِه؛ لأنَّ العسلَ لا يحصلُ في مطلقِ المواضع، وبمطلقِ الأخذِ به، بل بغذاءٍ خاصٍ في مكانٍ خاصّ.

فإذا عسلَ في أرضِهِ علمَ أنَّه من نباتِ ذلك الأرض، صرَّح العلامةُ السِّغْنَاقِيُّ كما أنَّ الشجرَ الثابتَ في أرضِهِ فهو له، وكما أنَّ الترابَ المجتمعَ في أرضِهِ بجريانِ الماءِ على أرضِهِ فهو له أيضاً.

كتاب الصرف

هو بيعُ الثَّمَنِ بالثَّمنِ جنساً بجنسٍ أو بغيرِ جنسٍ

كتاب الصرف[1]

(هو بيعُ الثَّمَنِ بالثَّمنِ[2] جنساً بجنسٍ أو بغيرِ جنسٍ): كبيعِ الذَّهبِ بالذَّهب، وبيعُ الفضةِ بالفضة، وبيعُ الذَّهبِ بالفضة.

[1]قوله: كتاب الصرف؛ أخّره لقلَّةِ وجودِهِ بكثرةِ قيوده، ولأنَّه عقدٌ على الثمن، والثمنُ في الجملةِ تبعٌ لما هو المقصود من البيع، وهو المبيع، وأحسنُ وجوهِ تأخيرِهِ ما سبقَ في عنوانِ بابِ السلم، وبعضُهم عنونَهُ بالكتاب، و[الباب] أنسب؛ لأنَّ الصرفَ من أنواعِ البيعِ كالسلّم، فالأولى في بعضِ نسخِ الكتابِ من قوله: باب الصرف.

قال في «المصباح المنير»(1): صَرَفَه عن وجهِه صرفاً: من بابِ ضرب، وصرفتُ الأجيرَ والصبيَّ خلَّيتُ سبيلَه، وصرفتُ المال: أنفقتُه، وصرفتُ الدَّراهم: بعتها، واسمُ الفاعلِ من هذا: صيرفيّ وصيروف، وصرَّاف للمبالغة.

قال ابنُ فارس(2): الصرف: فضلُ الدرهمِ في الجودةِ على الدرهم، ومنهُ اشتقاقُ الصيرفيّ، وصرفتُ الكلام: زينتُه، وصرَّفتُه بالتثقيلِ مبالغة، واسمُ الفاعل: مُصَرِّف، وبه سمّي. والصرفُ التوبةُ في قوله ﷺ: «لا يقبلُ اللهُ منه [يوم القيامة] صرفاً ولا عَدْلاً»(3)، والعَدْل: الفدية. والصريف: الصوت، ومنه: صريفُ الأقلام. انتهى.

وقيل: الصرفُ في الحديثِ بمعنى النافلة، والعَدْلُ بمعنى الفريضة، ومعناهُ الشرعيُّ ما أفادَه المصنّف ﷺ بقولِه: هو بيع...الخ؛ ومعنى الفضلُ والنفلُ متحقّقٌ في معناهُ الشرعيّ؛ لاشتراطِ التقابضِ في بدليه، فهو زيادةٌ على ما يشترطُ في غيره، وللحاجةِ إلى اعتبارِ النقلِ في بدليهِ من يدٍ إلى يدٍ قبل الافتراق.

[2]قوله: بيعُ الثمنِ بالثمن؛ قال الفَرّاء: الثمنُ عند العرب: ما يكونُ ديناً في الذمَّة، والدراهمُ والدنانيرُ لا تستحقُّ بالعقدِ إلا ديناً في الذمَّة، والعروضُ لا يستحقُّ بالعقدِ إلا عيناً، فكانت مبيعةً بكلِّ حال.

---

(1) «المصباح المنير»(ص٣٣٩).

(2) في «المقاييس»(٣: ٣٤٣).

(3) في «صحيح مسلم»(٢: ٩٩٤)، وغيره.

وشُرِطُ فيه التَّقابضُ قبلَ الافتراقِ.

(وشُرِطُ فيه[1] التَّقابضُ قبلَ الافتراقِ[1]).

والمكيلُ والموزونُ يسمَّى عيناً بالعقدِ تارة، وديناً أخرى، فإن كان معيّناً في العقدِ كان مبيعاً، وإن لم يكن معيّناً وصحبَه الباء، وقابله مبيعٌ فهو ثمن. ونوعٌ آخرٌ من الثمنِ هو سلعةٌ في الأصل: كالفلوس، فإن كانت رائجةً كانت ثمناً، وإن كانت كاسدةً كانت سلعة.

والثمنُ إذا أطلقَ يرادُ به الدراهمُ والدنانير، فإن كان كلا البدلين في البيعِ دنانير أو دراهم، فهو بيعُ الجنسِ بالجنس، وإن كان أحدُهما دنانير والآخرُ دراهم، فبيعُ الجنسِ بغيرِ الجنس.

ومنِ حكمِ الثمن أن لا يشترطَ وجودُه في ملكِ العاقدِ عند العقد، ولا يبطلُ العقدُ بفواتِ تسليمِه، ويصحُّ الاستبدالُ به، وحكمُ المبيع بخلافه، والمرادُ بالثمنِ هاهنا ما خلقَ للثمنيّة، ومنه المصوغ، فإنَّ بيعَه صرفٌ، سواء كان لمصوغٍ مثله أو بالنقد، ولكنَّهُ بسببِ ما اتَّصلَ به من الصيغةِ لم يبقَ ثمناً صريحاً؛ ولهذا يتعيَّنُ في العقدِ كما صرَّحوا به.

[1]قوله: وشرط فيه؛ أي في الصرف سواء كان بالجنسِ أو بغيرِه التقابض: أي قبضُ العوضين قبل الافتراقِ بالأبدان؛ لانعقادِ الإجماعِ عليه، ولما روى الإمامُ مالكٌ ﷺ في «الموطّأ»: عن عمرَ ﷺ أنّه قال: «لا تبيعوا الذهبَ بالذّهب، إلا مثلاً بمثل، ولا تبيعوا الورقَ بالذّهبِ أحدهما غائب والآخر ناجز وإن استنظركَ أن يلجَ بيتَه، فلا تنظره إلاَّ يداً بيد، هات وهات، إني أخشى عليكم الربا»[2].

ولما روى عبادةُ بن الصَّامتِ ﷺ أنّه ﷺ قال: «الذهب بالذهب، والفضة بالفضة»، إلى أن قال: «مثلاً بمثل، سواءً بسواء، يداً بيد، فإذا اختلفتْ هذه الأصنافُ فبيعوا كيف شئتم إذا كان يداً بيد»[3] رواه مسلمٌ، وأحمدُ، وغيرهما.

ولأنّه لا بُدَّ من قبضِ أحدهما قبل الافتراق؛ لئلا يكون افتراقاً عن دينٍ بدين، فلا بُدَّ من قبضِ الآخر؛ لعدمِ الأولويّةِ تحقيقاً للمساواةِ بينهما؛ لأنَّ النقدَ خيرٌ من

---

(١) أي بالأبدان بإجماع العلماء. ينظر: «فتح باب العناية»(٣: ٣٨٦).

(٢) في «الموطأ»(٢: ٦٣٥).

(٣) في «صحيح مسلم»(٣: ١٢١١)، و«مسند أحمد»(٥: ٣٢٠)، وغيرها.

وصحَّ بيعُ الذَّهبِ بالفضةِ بفضلٍ وجزافٍ.

وصحَّ[١] بيعُ الذَّهبِ بالفضةِ بفضلٍ وجزافٍ.

النسيئة، ولا فرقَ في ذلك بين أن يكون ممَّا يتعيَّنُ بالتعيين؛ كالمصوغِ والتِبْر، أو لا يتعينان كالمضروب، أو يتعيَّنُ أحدهما دونَ الآخر؛ لإطلاقِ ما روينا.

ولأنّه إن كان ممَّا يتعيَّنُ بالتَّعيينِ فيه شبهةُ عدمِ التَّعيين؛ لكونِهِ من جنسِ الأثمانِ خلقة، كما صرَّحَ به العلاَّمةُ الزَّيْلَعِيُّ[١]، وغيره.

ثم قيل: التقابضُ شرطُ لصحَّةِ العقدِ في الصرف، وكان ينبغي أن يكونَ مقروناً به، إلاَّ أنَّ حالةَ المجلسِ أقيمت مقامَ حالةِ العقدِ تيسيراً، وقيل: شرطٌ لبقاءِ العقدِ على الصحَّة، وهو الأصحّ.

وفي «فوائد القُدُوريّ»: المرادُ بالقبضِ هاهنا القبضُ باليدِ لا بالتخلية، وفي «المجتبى»: الافتراقُ في الصرفِ والسَّلَمِ يفارقُ الافتراقَ في الإيجابِ والقبولِ وخيارِ المخيَّرة؛ فإنَّ الإعراضَ بالقيامِ أو بالاشتغالِ بعملٍ آخرٍ مفارقةٌ ولا كذلك هاهنا.

فإنَّ الافتراقَ بالأبدانِ هو المرادُ هاهنا دون المكان، حتى لو قاما فذهبا معاً، أو ناما، أو أغمي عليهما، أو طال قعودهما لا يبطلُ الصرف، وعن محمَّد ﷺ: إن قاما أو أحدهما فهو فرقة، وإن ناما جالسين فلا، وعنه القعودُ الطويلُ فرقة دون اليسير، ذكرَه العلامة الشُّمُنِّيّ في «كمال الدراية»[٢].

[١]قوله: وصحَّ؛ إن تقابضا في المجلس؛ لأنَّ المستحقَّ هو القبضُ قبل الافتراقِ دون التسوية؛ لِمَا مرَّ من الحديث، فلا يضرُّهُ الجِزاف وإن افترقا قبل قبضِهما، أو قبلَ قبضِ أحدِهما بطل؛ لفواتِ الشرطِ وهو القبض.

ولهذا لا يصحُّ فيه شرطُ الخيارِ والأجل؛ لأنَّ الخيارَ يمنعُ استحقاقَ القبضِ ما دام الخيارُ باقياً؛ لأنَّ استحقاقهَ مبنيٌّ على الملك، والخيارُ يمنعه، وبالأجلِ يفوتُ القبضُ المستحقُّ بالعقدِ شرعاً، إلاَّ إذا أسقطَ الخيارَ أو الأجلِ فيعودُ صحيحاً لزوالِ المفسد قبل تقرُّره.

---

(١) في «التبيين»(٤: ١٣٥).

(٢) «كمال الدراية»(ق٤٢٧).

لا بيعُ الجنسِ بالجنسِ إلاَّ مساوياً، وإن اختلفا جودةً وصياغة، ولا يصحُّ التَّصرُّفُ في ثَمنِ الصَّرفِ قبل قبضِه، فلو شَرَى به ثوباً، فسدَ شراءُ الثَّوب

لا بيعُ[1] **الجنسِ بالجنسِ إلاَّ مساوياً، وإن اختلفا جودةً وصياغة**)، وإنَّما ذَكَرَ[2] الفضلَ والجزافَ ولم يَذْكُرْ التَّساوي؛ لأنَّه لا شُبْهةَ في جوازِ التَّساوي، بل الشُّبهة في الفضلِ والجزافِ فذكرهما.

(**ولا يصحُّ التَّصرُّفُ في ثَمنِ الصَّرفِ قبل قبضِه، فلو شَرَى به ثوباً، فسدَ شراءُ الثَّوب**): أي لو اشترى بثمنِ الصَّرفِ قبل قبضِهِ ثوباً فسدَ شراءُ الثَّوب[3].

ولو باعَ الفضَّةَ أو الذهبَ بجنسِهِ مجازفة، ثمَّ علما تساويهما قبل الافتراقِ صحّ، وبعده لا يصحّ، وقال زفر ﷺ: يصحّ؛ لأنَّ التساوي حقُّ الشرع، وقد وجدَ حالة العقد، قلنا: التسويةُ شرطٌ واجبٌ علينا، فيجبُ تحصيلُهُ بفعلنا.

أمّا وجودُهُ في علمِ الله ﷻ لا يصلحُ شرطاً للجواز؛ لأنَّ الأحكامَ تبنى على فعلِ العبادِ تحقيقاً لمعنى الابتلاء، كذا في «التبيين»(1)، وغيرِه من الكتبِ المعتبرة.

[1]قوله: **لا بيع...الخ**؛ أي لا يصحُّ بيعُ الجنسِ إلاَّ أن يكونا متساويين لِمَا مرَّ من قوله ﷺ: «الذهب بالذهب، والفضة بالفضة، مثلاً بمثل، سواءً بسواء، يداً بيد»(2)، وفي المجازفةِ احتمالُ الرّبا.

[2]قوله: **إنّما ذكر... الخ**؛ جوابٌ عمّا يتوهّم هاهنا من أنَّ البيعَ إما أن يكون لفضلٍ أو جزافٍ أو تساوٍ، فلم لم يذكر الثالث، وحاصلُ الجوابِ أنَّ البيعَ بالتساوي لا شبهةَ في جوازِه؛ فلذا لم يذكره.

[3]قوله: **فسدَ شراءُ الثوب**؛ لأنَّ قبضَ العينِ واجبٌ في بدلِ الصرف، والاستبدالُ يفوِّته.

فإن قيل: ينبغي أن لا يفسد؛ لأنَّ الدراهمَ لا تتعيَّنُ في العقودِ عيناً كانت أو ديناً، فانصرفَ العقدُ إلى مطلقِ الدَّراهمِ وهو المنقولُ عن زفر ﷺ.

قلنا: الثمنُ في الصرفِ مبيع، إذ البيعُ لا بدَّ له من المبيع، ولا شيءَ سوى

---

(1) «تبيين الحقائق»(٤: ١٣٦).

(2) في «صحيح مسلم»(٣: ١٢١١)، وغيره.

ومَن باعَ أمةً تَعْدِلُ ألفَ درهمٍ مع طوقِ ألف بألفين، ونَقَدَ من الثَّمنِ ألفاً، أو باعَها بألفينِ ألفاً نسيئةً وألفاً نقداً، أو باعَ سيفاً حليتُهُ خمسون، وتخلصُ بلا ضررٍ بمئةٍ، ونقدَ خمسينَ فما نقدَ ثَمنُ الفضةِ

(ومَن باعَ أمةً تَعْدِلُ ألفَ درهمٍ مع طوقِ ألف بألفين، ونَقَدَ من الثَّمنِ ألفاً، أو باعَها بألفينِ ألفاً نسيئةً وألفاً نقداً، أو باعَ سيفاً حليتُهُ خمسون، وتخلصُ بلا ضررٍ بمئةٍ، ونقدَ خمسينَ فما نقدَ ثَمَنُ الفضةِ[1])، وهو ألف في بيعِ الأمةِ، والخمسونَ في بيعِ السَّيفِ (سكتَ، أو قال: خذ هذا من ثمنِها)، أمَّا إذا سكتَ فظاهرٌ؛ لأنَّه لَمَّا

الثمن، فيجعلُ واحدٌ من البدلينِ مبيعاً لعدمِ الأولويّة، وبيعُ المبيعِ قبل القبضِ لا يصحّ.

فإن قيل: لو كان مبيعاً لكان متعيّناً.

قلنا: ليس من ضرورةِ كونِهِ مبيعاً كونه متعيّناً، فإنَّ السَّلَمَ ليس المبيعُ فيه متعيّناً؛ ولأنَّه ليس بمبيعٍ مطلقاً، بل هو مبيعٌ من وجهٍ وثمنٌ من وجه، وهو كافٍ لسلبِ الجواز، إذ الشبهةُ في الحرماتِ كالحقيقة، كذا في «الكافي»، وغيره.

[1]قوله: ثمن الفضّة؛ أمَّا في الصورةِ الأولى؛ فلأنَّ حصَّةَ الطوقِ يجبُ قبضُهُ في المجلس؛ لكونِهِ بدل الصرف، والظاهرُ من العاقدين الإتيانُ بالواجب؛ لأنَّ دينَهما وعقلَهما يمنعانِهِ من مباشرةِ ما لا يجوزُ شرعاً، فيصرفُ المتأخِّرُ إلى الجارية، والمقبوضُ والحالّ إلى الطوق؛ لتحسينِ الظنِّ بالمسلم.

وأمَّا في الصورةِ الثَّانيةِ فكذلك أيضاً؛ لأنَّ التأجيلَ في الصرفِ باطل، وفي بيعِ الجاريةِ جائز، فيصرفُ الأجلُ إلى الأمةِ دونَ الطوق، إذ المباشرةُ على وجهِ الصحَّةِ لا على وجهِ البطلان.

ولو كان كلُّ الثمنِ مؤجَّلاً فسدَ البيعُ في الجميعِ عند أبي حنيفة ﷺ، وقالا: يفسدُ في الطوقِ دون الجارية؛ لأنَّ القبضَ ليس بشرطٍ في حصّتهما، فيتقدَّرُ الفاسدُ بقدرِ المفسد.

ولأبي حنيفةَ ﷺ أنَّ الفاسدَ مقارن، فيتعدّى إلى الجميع، كما لو جمعَ بين عبدٍ وحرٍّ في البيع، بخلافِ الفسادِ في المسألة الأولى فإنّه طارئ فلا يتعدَّى إلى غيرِه، كما إذا اشترى عبدين فهلكَ أحدُهما قبلَ القبضِ أو استحقّ بعده، ذكرَه الزَّيْلَعِيُّ في «شرح

....

باعَ فقد قَصَدَ الصِّحَّة، ولا صِحَّةَ إلا بأن يجعلَ المقبوضَ في مقابلةِ الفضة.

وأمّا[1] إذا قال: خُذْ هذا ثمنها، فإنَّه ليس معناه خذ هذا على أنَّه ثَمَنُ مجموعِهما؛ لأنَّ ثَمَنَ المجموعِ ألفانِ في الجارية، والمئةُ في السَّيْف، فمعناهُ خذا هذا على أنَّهُ بعضِ ثَمَنِ مجموعِهما، وثَمَنُ الفضةِ بعضُ ثَمَنِ المجموعِ، فيحملُ عليه تحرِّياً للجواز.

الكَنْز»[1].

وأمَّا في الصورةِ الثالثةِ فكذلك أيضاً، فإنَّ حصَّة الحليةِ يجبُ قبضُها في المجلس، والظاهرُ من حالِ المسلم أن لا يتركَ الواجب.

[1]قوله: أما...الخ؛ توضيحُهُ: إنَّ كونَ المنقودِ ثمنُ الفضَّةِ في حالةِ السكوت؛ أي إذا لم يقل: خذْ في ثمنِهما ظاهر؛ لأنّ أمرَهما يحملُ على الصَّلاح، وأمّا إذا قال: خذْ من ثمنهما، فإنَّ المثنى قد يعبَّرُ به عن الواحدِ كما في قوله ﷻ: ﴿ يَخْرُجُ مِنْهُمَا ٱللُّؤْلُؤُ وَٱلْمَرْجَانُ ﴿٢٢﴾ ﴾[2]، والمراد أحدُهما.

وفي قوله ﷻ: ﴿ نَسِيَا حُوتَهُمَا ﴾[3]، والنَّاسي أحدهما، وهو صاحبُ موسى بدليلِ قولِه: ﴿ فَإِنِّي نَسِيتُ ٱلْحُوتَ ﴾[4]، وفي قولِهِ ﷻ: ﴿ قَدْ أُجِيبَت دَّعْوَتُكُمَا ﴾[5]، والدَّاعي كان موسى ﷺ، وفي قولِهِ ﷺ: «إذا كنتما في سفركما فأذّنا وأقيما»[6]، والمرادُ أحدُهما.

فيحملُ على ما نحنُ فيه على ذلك؛ نظراً إلى حالِ المسلم؛ ولذا لو قال لامرأتيه: إذا حضتما حيضةً أو ولدتما ولداً فأنتما طالقان، فحاضتْ أو ولدتْ أحدُهما طلّقت؛ لأنّه يرادُ به أحدهما؛ لاستحالةِ اجتماعهما في حيضةٍ واحدةٍ أو ولدٍ واحد.

---

(١) «تبيين الحقائق»(٤: ١٣٧).

(٢) الرحمن: ٢٢.

(٣) الكهف: ٦١.

(٤) الكهف: ٦٣.

(٥) يونس: ٨٩.

(٦) لفظه في «صحيح البخاري»(١: ٢٣٤): «إذا حضرت الصلاة فأذّنا وأقيما».

فإن افترقا بلا قبضٍ بطلَ في الحليةِ فقط، وإن لم يتخلَّصْ بلا ضررٍ بطلَ أصلاً

(**فإن افترقا بلا قبضٍ بطلَ في الحليةِ فقط**[١]، **وإن لم يتخلَّصْ بلا ضررٍ بطلَ أصلاً**): أي إن لم يتخلَّصْ الحلية من السَّيفِ بلا ضررٍ، وافترقا بلا قبضٍ بطلَ في كليهما[٢]، ووجدتُ في «حاشية نسخةِ المصنِّف» ﷺ مع علامةِ صحَّ، لكن لا بخط المصنِّفِ ﷺ هذا الإلحاق[٣]، وهو هذا التَّفصيل: إذا كان الثَّمنُ أكثرَ من الحلية، وإن لم يكن لا يصحُّ.

فقولُهُ: وإن لم يكن[٤]؛ يشتملْ ما إذا كان الثَّمنُ مساوياً للحلية، أو أقلَّ منها، أو لا يَدْري، فإنَّه لا يجوزُ البيع، إمَّا لتحقُّق الرِّبا أو لشبهته.

بخلافِ ما إذا قال: إن حضتما أو ولدتما فأنتما طالقان، حيث يعتبرُ وجودُهُ منهما للإمكان، وهاهنا مطالب نفيسةٌ تركناها لغرابةِ المقامِ إن شئت فطالعها في «المنح»(١) و«البحر»(٢)، وغيرهما من مبسوطاتِ الإسلام.

[١]قوله: **بطلَ في الحليةِ فقط**؛ لأنَّ العقدَ فيها صرف، وقد فاتُ شرطه وهو القبضُ في المجلس، وإنَّما قال في الحليةِ فقط؛ لأنَّ العقدَ حينئذٍ يصحُّ في السيف؛ لأنَّه مقدورٌ على تسليمه، يمكنُ إفرادُهُ بالبيع؛ لكونِهِ يتخلَّص بلا ضرر، فصارَ كالطوقِ والأمة.

[٢]قوله: **بطلَ في كليهما**؛ أمَّا في الحلية؛ فلفقدانِ شرطٍ للصَّرفِ وهو القبضُ في المجلس، وأمَّا في السيفِ فلتعذُّرِ تسليمِهِ بدونِ الصرف، فصارَ كما إذا باعَ جذعاً من سقف، وقد مرَّ تحقيقُهُ فيما سبق.

[٣]قوله: **هذا الإلحاق**؛ لعلّ وجهَ هذا الإلحاقِ تعميمُ الكلامِ لبيانِ الأقسام الأُخر، وإلا فرض المسألة أنَّ الحليةَ خمسون، والثمنُ مئة، فلا حاجةَ إلى هذا القيد.

[٤]قوله: **فقوله: وإن لم يكن...الخ**؛ اعلم أنَّ المسألةَ على أربعةِ أوجه: فإنَّ الثمنَ إمَّا أن يكون أكثرَ من الحلية، أو مساوياً، أو أقلَّ، أو لا يدري.

ففي الصُّورةِ الأولى جازَ العقدَ على أن يجعلَ المثلَ بالمثلِ والباقي بالجفن والحمائل

(١) «منح الغفار»(ق٢: ٧٤/أ).

(٢) «البحر الرائق»(٦: ٢١٢).

ومَن باعَ إناءَ فضَّةٍ وقبضَ بعضَ ثمنِه، ثمّ افترقا صحَّ فيما قَبَضَ فقط، واشتركا في الإناءِ

(**ومَن باعَ إناءَ فضَّةٍ وقبضَ بعضَ ثمنِه، ثمّ افترقا صحَّ فيما قَبَضَ فقط**[١]، **واشتركا في الإناءِ**[٢]): أي صحَّ البيعُ فيما قبضَ ثمنُه، وفسدَ فيما لم يقبضْ، ولا يشيعُ الفسادُ كما ذكرنا في «باب السلم»؛ لأنَّ الفسادَ طارئٌ.

عندنا، خلافاً للشافعيّ ﵁.

وفي الصورِ الباقية: لا يجوز.

أمَّا في صورةِ المساواة؛ فلأنَّ الجفنَ والحمائلَ فضلٌ خالٍ عن العوض، فإنَّ مقابلةَ الفضَّةِ بالفضَّةِ في البيعِ يكونُ بالأجزاء.

وأمَّا في صورةِ كونِ الثَّمنِ أقلّ فلظهورِ الفضلِ الخالي عن العوض.

وأمَّا في صورةِ أنّه لا يدري فلعدمِ علمِ المساواةِ عند العقد، وتوهُّم الفضل.

فإن قيل: الأصلُ هو الجواز، والمفسدُ للعقدِ إنّما هو الفضلُ الخالي عن العوض، وهو غيرُ متيقّن، فينبغي أن يحكمَ بالجواز، كما هو قولُ زفر ﵁.

قلنا: إنَّ ما لا يدرى لا يخلو إمَّا أن يكون في الواقعِ مساوياً أو أقلَّ أو زائداً، فإن كان زائداً فلا شبهةَ في جوازِ العقد، وإن كان مساوياً أو زائداً فيكون العقدُ فاسداً، فظهرَ أنّ جهةَ الصحَّةِ واحد، وجهةُ الفسادِ من وجهين، وأحدهما يكفي للحكم، فعند اجتماعهما بالطريقِ الأولى.

[١]قوله: **صحَّ فيما قبضَ فقط**؛ لوجودِ شرطِهِ وهو القبض قبل الافتراق.

[٢]قوله: **واشتركا في الإناء**؛ لأنَّ عقدَ الصرفِ وقعَ على كلِّه أوَّلاً، ثمَّ طرأَ الفسادُ، وعلى ما لم يقبض، وهو لا يشيعُ على ما وجدَ فيه القبض، فحصلت الشركةُ في الكلِّ بالتراضي، ولم يلزمْ تفريقُ الصفقةِ على المشتري قبل التمام؛ لأنَّ الصفقةَ تمَّتْ بالتَّقابضِ ولو في البعض؛ ولأنَّ هذا التفريقَ من جهةِ الشرعِ باشتراطِ القبضِ لا من جهةِ العاقد، فلا محذورَ فيه.

وصار كما إذا هلكَ أحد العوضين، ولا يثبتُ للمشتري خيارُ العيبِ أيضاً بالشَّركة؛ لأنَّ الشركةَ حصلَت من جهتِه، وهو عدمُ النقدِ قبل الافتراق، بخلافِ ما إذا هلكَ أحدُ العبدينِ قبل القبض، حيث يثبتُ الخيارُ في أخذِ الباقي؛ لعدمِ الصنع منه.

وإن استحقَّ بعضَهُ أخذَ المشتري باقيه بحصّتِه أو ردَّهُ، ولو استحقَّ بعضُ قطعةِ نُقْرة بيعتْ أخذَ ما بقي بحصَّتِهِ بلا خيار

(وإن استحقَّ بعضَهُ أخذَ المشتري باقيه بحصّتِه أو ردَّهُ): أي إن استحقَّ بعض الإناء، فالمشتري بالخيار؛ لأنَّ الشَّركةَ عيبٌ في الإناء[1]، وفي صورةِ قَبْضِ بعضِ الثَّمنِ قد ثَبتَ الشركةُ لكن لا يكونُ للمشتري الرَّدُّ بهذا العيب؛ لأنَّهُ يَثْبُتُ برضا المشتري؛ لأن الشَّركةَ إنَّما تثبت من جهتِه؛ لأنه نَقَدَ بعضَ الثَّمنِ دون البعضِ فتراضيا بهذا العيبِ بخلاف الاستحقاقِ إذ المشتري لم يرضَ به، فله ولايةُ الرَّدّ.

(ولو استحقَّ[2] بعضُ قطعةِ نُقْرة[3](1) بيعتْ أخذَ ما بقي بحصَّتِهِ بلا خيارٍ)؛ لأن الشَّركةَ ليستْ بعيبٍ في قطعةِ النُّقْرة؛ لأنَّ التَّبعيضَ لا يضرُّه.

[1]قوله: **لأنَّ الشركةَ عيبٌ في الإناء**؛ لأنَّ التشقيص يضرُّه، وهذا العيبُ كان موجوداً عند البيع، مقارناً له بغيرِ صنعِهِ بخلافِ ما مرّ؛ لأنَّ الشركةَ وقعت بصنعِهِ وهو الافتراقُ قبل نقدِ الثمن، فالفرقُ بيِّنٌ.

[2]قوله: **ولو استحقَّ**...الخ؛ يعني لو باعَ قطعةَ نُقْرةٍ فاستحقَّ بعضُها أخذَ المشتري ما بقي بحصَّتِهِ بلا خيار؛ لأنَّ الشركةَ ليست بعيبٍ في قطعةِ النُّقْرة، فإنّه لا يلزمُ الانتقاضُ بالتبعيض، فلم يتضرَّر المشتري بالشركةِ فيهما، وهذا لو كان الاستحقاقُ بعد قبضهما.

أمَّا لو كان قبل قبضهما فله الخيار؛ لتفرُّقِ الصفقةِ عليه قبل التمام، كذا في «البحر»(2)، والدرهمُ والدينارُ نظيرُ النُّقرة؛ لأنَّ الشركةَ في ذلك لا تعدُّ عيباً، كذا في «الجوهرة»(3).

[3]قوله: **نُقْرة**؛ بضم النون، كما في «المغرب»(4)، و«القاموس»(5): هي القطعةُ المذابةُ من الذهبِ أو الفضّة، وقيل: الإذابةُ تسمّى تِبْراً، كذا في «المصباح»(6).

---

(1) النُّقْرة: القطعةُ المُذابة من الفضة، وقبل الذوب هي تِبْر. ينظر: «المصباح»(ص٦٢١).
(2) «البحر الرائق»(٦: ٢١٤).
(3) «الجوهرة النيرة»(١: ٢٢٣).
(4) «المغرب»(ص٤٧٣).
(5) «القاموس»(٢: ١٥٢).
(6) «المصباح»(ص٦٢١).

وصحَّ بيعُ درهمينِ ودينارٍ بدرهمٍ ودينارين، وبيعُ كُرِّ بُرٍّ وكُرِّ شعيرٍ بكُرَّي بُرٍّ وكُرَّي شعيرٍ

(وصحَّ[1] بيعُ درهمينِ ودينارٍ بدرهمٍ ودينارين، وبيعُ كُرِّ بُرٍّ[2] وكُرِّ شعيرٍ بكُرَّي بُرٍّ وكُرَّي شعيرٍ): هذا عندنا، وأما عند زفر والشَّافِعِيّ(1) ﷺ فلا يجوزُ؛ لأنَّهُ قابلَ[3] الجملةَ بالجملة، ومن ضرورتِهِ الانقسام على الشيوع[4]، وفي صرفِ الجنسِ إلى خلافِ الجنس تغييرُ تصرّفِه.

[1]قوله: وصحَّ...الخ؛ يعني لو باعَ درهمين وديناراً بدرهمٍ ودينارين جازَ البيعُ تصحيحاً للعقد، وجعلَ كلُّ جنسٍ من الدرهمِ والدينارِ بخلافه، واعتبرَ الدرهمان بالدينار، والدرهمُ بالدينار.

[2]قوله: وبيعُ كُرِّ بُرّ...الخ؛ بأن تجعلَ كُرّا بُرٍّ بكُرِّ شعيرٍ وكُرًّا شعير بكُرِّ بُرّ، ولو صرفا إلى جنسِهِ فسد، والتفصيلُ في «البحر»(2)، فليطالع.

[3]قوله: لأنّه قابل...الخ؛ حاصلُهُ: إنَّ البائعَ قابلَ الجملةَ بالجملة، ومقابلةُ الجملةِ بالجملةِ يقتضي الانقسامَ على الشيوعِ لا على التعيّين، ففي حملِهِ على خلافِ الجنسِ تغييرٌ له فلا يجوز، وإن كان فيه تصحيحُ التصرّف؛ لأنّه تصيرُ المقابلةُ غير الأولى، ويكون التصرُّفُ تصرُّفاً آخر.

والواجبُ تصحيحُ تصرُّف العاقدِ على الوجهِ الذي باشرَه وقصده، لا على خلافِ ذلك، والعاقدان قصدا المقابلةَ المطلقةَ لا مقابلةَ الجنسِ إلى خلافِ الجنس، وهي إنشاءُ تصرُّفٍ آخر، وفسخُ التّصرُّفِ الأوّل.

[4]قوله: ومن ضرورتِهِ الانقسامُ على الشيوع؛ بأن ينقسمَ كلُّ بدلٍ من هذا الجانبِ على البدلينِ من ذلك الجانب، وكذا كلُّ بدلٍ من ذلك الجانبِ على البدلين من هذا الجانب، ومتى وجبتِ المقابلةُ هكذا جازَ التفاضلُ ضرورة، إذ الحنطةُ والشعيرُ والدَّراهمُ والدنانيرُ من أحد الجانبينِ أكثر، فيتحقَّقُ الربا.

---

(1) ينظر: «الغرر البهية»(٢: ٤١٦)، و«أسنى المطالب»(٢: ٢٤)، وغيرهما.

(2) «البحر الرائق»(٦: ٢١٥).

....

قلنا[1]: المقابلةُ المطلقةُ تحتملُ الصَّرفَ المذكور

وفي حذفِ الجنسِ إلى خلافِهِ تغييرُ تصرّفه، وإثباتُ مقابلةٍ لا دليلَ عليها في لفظِه، نعم فيه تصحيحُ تصرُّفِه، ولكن تغييرُ التصرُّفِ لا يصحُّ لتصحيحِ التصرُّف، كذا في «الكفاية»(١).

[١]قوله: قلنا...الخ؛ توضيحُهُ: إنَّ في صرفِ الجنسِ إلى خلافِهِ تصحيحُ العقد، وإلى جنسِهِ فساده، ولا معارضةَ بين الفاسدِ والصحيح؛ لأنَّ الصحيحَ مشروعٌ بأصلِهِ ووصفه؛ والفاسدُ بأصلِهِ دون وصفه، ولأنَّ العقدَ يقتضي مطلقَ المقابلةِ من غير أن يتعرَّضَ لمقيد، لا مقابلة الكلِّ بالكلِّ بطريقِ الشيوع، ولا مقابلةَ الفردِ من جنسه، ولا من خلافِ جنسِه؛ لما عُرِفَ أنَّ المطلقَ غيرُ متعرِّضٍ للمقيَّد، ولكن مع هذا عند الوجودِ لا يوجدُ إلاَّ مقيّداً؛ لتعذُّرِ وجودِ ذاتٍ بدون صفة، وإن كان اللّفظُ غير متعرِّضٍ للصِّفةِ بل للذّاتِ فقط على ما عرفَ في موضعِه.

فيحملُ على المقيَّدِ المصحَّح عند تعذُّرِ العملِ بالإطلاق، ألا ترى أنّه لو قال عند المقابلة: على أن يكونَ الجنسُ بخلافِ الجنسِ صحّ، ولو كان منافياً لم يصحّ، فكان حملُهُ على المقيَّدِ المصحَّحِ أولى من حملِهِ على المقيَّدِ المفسد، وهو مقابلةُ الكلِّ بالكلِّ شائعاً، طلباً للصحَّة.

ألا ترى أنَّ الكلامَ أصلُه أن يكون مستعملاً في حقيقتِه، ثم إذا تعذَّرتِ الحقيقةُ حُمِلَ على المجازِ الممكنِ إذا كان لا يصحُّ إلا بالحملِ عليه، وإن كان تغيُّراً فهو تغييرٌ للوصفِ لا تغيُّر لأصلِ المقابلة، إذ هي موجودة؛ لأنَّ أصل المقابلةِ فيه إفادةُ الملكِ في الكلِّ بمقابلةِ الكلّ، وذلك لم يتغيّر.

والدَّليلُ على أنّه يحملُ عليه عند التعذُّرِ طلباً للصحَّةِ أنّه لو باعَ الجنسَ بالجنسِ بأن باعَ دينارين بدينارين مثلاً، فقبضَ كلُّ واحدٍ منهما ديناراً، ثمَّ افترقا صحَّ البيعُ في المقبوضِ كلّه.

ولو كان كما قالاه لّما صحَّ إلا في نصفِ كلِّ واحدٍ من المقبوضين؛ لأنَّ مقابلةَ

---

(١) «الكفاية»(٦: ٢٦٨).

وبيعُ أحدَ عشرَ درهماً بعشرةِ دراهمٍ ودينارٍ، وبيعُ درهمٍ صحيحٍ ودرهمينِ غلَّتين بدرهمينِ صحيحين ودرهم غلَّة

وليس فيه تغييرُ صرفِه[١]؛ لأنَّ موجبَهُ ثبوتُ الملكِ في الكلِّ بمقابلةِ الكلّ، فيكونُ الدِّرهمان في مقابلةِ الدِّينارين، والدِّينارُ في مقابلةِ الدِّرهم، ويكون كرُّ البُرِّ في مقابلةِ كُرَّي الشَّعير، وكُرُّ الشَّعيرِ في مقابلة كُرَّي البُرّ.

(وبيعُ[٢] أحدَ عشرَ درهماً بعشرةِ دراهمٍ ودينارٍ) بأن يكونَ عشرةَ دراهمٍ بعشرةِ دراهمٍ بقي درهمٌ بمقابلةِ دينار.

(وبيعُ[٣] درهمٍ صحيحٍ ودرهمينِ غلَّتين بدرهمينِ صحيحينِ ودرهم غلَّة)

الشيوعِ يقتضي أن يكون نصفَه مقابلاً بالمقبوض، ونصفِ بغيرِ المقبوض، فيبطلُ حصَّةُ غيرِ المقبوض، وإن شئتَ زيادةَ التفصيلِ فارجعْ إلى «التبيين»(١) و«البحر»(٢).

[١]قوله: **وليس فيه تغيير صرفه**؛ يعني ليس فيه تغييرُ كلامِه، بل هو تعيينُ أحد المحتملين، ولئن كان فيه تغييرٌ، ففيه تغييرُ وصفه.

[٢]قوله: وبيع...الخ؛ أي صحَّ هذا البيع، ويكون العشرةُ بمثلها، والدينارُ بدرهم؛ لأنَّ شرطَ البيعِ في الدراهمِ التماثل؛ لقولِهِ ﷺ: «الفضّة بالفضّة مثلاً بمثل»، والظَّاهرُ أنَّ العاقدَ أرادَ به التماثل؛ لحملِ الكلامِ على الصلاحِ دون الفساد، فبقيَ الدرهمُ بالدينار، وهما جنسانِ مختلفان، وفيهما لا يعتبرُ التساوي.

وإنّما ذكرَ هذه المسألةَ بعد المسألةِ المتقدِّمة، وإن كانت معلومةً ممّا قبلها لبيانِ أنّه لا يشترطُ أن يكون الجنسانِ من الطرفين، بل إن كانا في طرفٍ واحدٍ فالحكمُ كذلك أيضاً.

[٣]قوله: وبيع...الخ؛ أي صحَّ هذا البيع، قال صاحبُ «الايضاح»: ذكرَ صاحبُ «الوقاية» هاهنا مسائل من مسائلِ الربا، ورددناها إلى بابها. انتهى. ويمكنُ الجوابُ بأنَّ التماثلَ قد شرطَ في الصرفِ احترازاً عن الفضلِ الجودي إلى الربا، فوجه ذكرَ هذه المسائلِ الثلاثةَ في الصرف أنَّ مبناهُ على الجواز، لا في باب الربا، فإنَّ مبناهُ على عدمِ الجوازِ فافهمْ ولا تعجل.

---

(١) «تبيين الحقائق»(٤: ١٣٩ - ١٤٠).

(٢) «البحر الرائق»(٦: ٢١٥).

وبيعُ مَن عليه عشرةُ دراهمٍ ممَّن هي له ديناراً بها مطلقة إن دفعَ الدِّينارَ وتقاصّا العشرةَ بالعشرة

الغلّة: ما يردُّهُ بيتُ المال[1]، ويأخذُهُ التُّجار، وإنِّما يجوزُ هذا لتحقُّقِ التَّساوي في الوزنِ، وسقوطِ اعتبارِ الجودة.

(**وبيعُ مَنِ عليه عشرةُ دراهمٍ ممَّن هي له ديناراً بها مطلقة إن دفعَ الدِّينارَ وتقاصّا العشرةَ بالعشرة**): أي لزيدٍ على عمروٍ عشرةُ دراهمٍ، فباعَ عمروٌ ديناراً من زيدٍ بعشرةٍ مطلقة[2]: أي لم يضفِ العقدَ بالعشرةِ التي على عمرو، صحَّ البيعُ[3] إن دَفَعَ عمروٌ الدِّينارَ، فصارَ بكلٍّ واحدٍ منهما على الآخرِ عشرةُ دراهمٍ فتقاصّا العشرةَ بالعشرةِ، فيكونُ هذا التَّقاصُّ فسخاً للبيعِ الأوَّل، وهو بيعُ الدينارِ بالعشرةِ المطلقة، وبيعاً للدِّينار بالعشرةِ التي على عمروٍ إذ لو لم يحملْ على هذا لكان استبدالاً بدلَ الصَّرفِ

[1]قوله: **ما يردّه بيتُ المال**؛ لا للزيافة، بل لأنّها درهمٌ مقطَّعةٌ مكسّرة، تكون القطعةُ منها ربعاً وثمناً وأقل، وبيتُ المالِ لا يأخذُ إلا العالي، ذكره شيخنا العلاَّمةُ الطحطاويُّ في «حاشية الدرِّ المختار»(1)، والله أعلمُ بحقائقِ الأسرار.

[2]قوله: **مطلقة**؛ أي من غير أن تقيَّدَ بالعشرةِ التي عليه، أمّا إذا قيَّدَ بذلك فقال: بالعشرةِ التي عليه، يجوزُ البيعُ بلا خلاف، وبخلافِ المطلقةِ فإنّه جائزٌ عندنا، خلافاً لزفر ﷺ. كذا في «النهاية».

[3]قوله: **صحَّ البيع**؛ هذا هو الاستحسان، والقياسُ أن لا يجوز، وهو قولُ زفر ﷺ؛ لأنه يكون استبدالاً ببدل الصرف؛ لأنَّ الذي وجب بالصرفَ غيرَ الذي كان عليه؛ وهذا لأنّه وجبَ بالصرف دينٌ يجبُ تعيينُه بالقبضِ احترازاً عن الربا، والدَّينُ الذي كان عليه لا يجبُ قبضُه، فكانا غيْرَيْن.

ألا ترى أنَّ المقاصَّة لا تقعُ بنفسِ العقدِ لعدمِ المجانسة، فيكون التقاصُّ بعد ذلك استبدالاً ببدلِ الصرف؛ لأنّه أخذَ ما في ذمَّتِهِ بدلَ ما وجبَ له وعليه من ثمنِ الدينار، فلا يجوز، ولهذا لا يجوزُ في رأسِ مالِ السَّلَم.

---

(1) «حاشية الطحطاوي على الدر»(٣: ١٤٠).

فإن غَلَبَ على الدَّراهمِ الفضّةُ وعلى الدِّينارِ الذَّهب، فهما فضّةٌ وذهبٌ حكماً

وهذا إذا باعَ الدِّينارَ بالعشرةِ المطلقةِ، وأمَّا إذا باعَهُ بالعشرةِ التي له على عمروٍ صحّ[1]، ويقعُ المقاصّةُ بنفسِ العقد.

(فإن غَلَبَ على الدَّراهمِ الفضّةُ وعلى الدِّينارِ الذَّهب، فهما فضّةٌ وذهبٌ حكماً[2]

ووجهُ الاستحسان: أنّهما لَمَّا تقاصَّا تضمَّنَ انفساخُ الأوّلِ وانعقادَ صرف آخر غيرِ الأوّلِ مضافاً إلى العشرةِ الدَّين، إذ لولا ذلك لكان استبدالاً ببدلِ الصرف، فيثبتُ الإضافةُ اقتضاءً، كما لو تبايعا بألفٍ ثمَّ جددَاه بألفٍ وخمسمئة؛ فإنَّ البيعَ الأوَّلَ ينفسخُ ضرورةَ ثبوتِ الثاني اقتضاءً، فكذا هذا، ولا فرقَ في ذلك بين أن يكونَ الدَّينُ موجوداً قبل عقدِ الصرف أو حصلَ بعده.

وقيل: لا يجوزُ التقاصُّ بدينٍ حادثٍ بعد الصرف؛ لأنّه يكون تقاصًّا بدينٍ يستحبّ، والأوَّلُ هو الأصحّ؛ لأنَّ التقاصَّ هو الذي يتضمَّنُ الفسخَ للصرفِ الأوَّل، وإنشاءُ صرفٍ آخر، فيكتفي بوجودِ الدَّين عنده؛ لأنّه يكون عقداً جديداً من ذلك الوقت، من غيرِ استنادٍ إلى ما قبله، فلا حاجةَ إلى سبقِ وجوبِه، بخلافِ رأسِ مالِ السَّلَم، حيثُ لا يجوز جعلُهُ قصاصاً بدينٍ آخر مطلقاً متقدّماً كان أو متأخِّراً؛ لأنَّ المُسَلَّمَ فيه دين.

ولو صحَّتِ المقاصَّةُ برأسِ المال يصيرُ افتراقاً عن دينٍ بدين، وهو منهيٌّ عنه؛ ولأنَّ جوازَ السَّلَمُ مخالفٌ للقياسِ رخصة، وهو أخذُ عاجلٍ بآجلٍ للضَّرورة، فإذا لم يقبضْ شيئاً فلا ضرورة فلا يجوز؛ ولهذا لا يجوزُ إضافتُهُ إلى الدَّينِ ابتداءً، بأن يجعلَ الدَّينَ الذي على المُسَلَّمِ إليه رأسَ مالِ السَّلَم، بخلافِ الصرف، كذا في «تبيين الحقائق»(1).

[1]قوله: صحّ؛ لأنّه جعلَ ثمنَهُ عشرةُ دراهمَ لا يجب قبضها، ولا تعيينها بالقبض، وذلك جائزٌ إجماعاً؛ لأنَّ تعيينَ أحد العوضين بالقبضِ في الصرف؛ للاحترازِ عن الدَّينِ بالدَّين، وتعيينِ الآخرِ للاحترازِ عنِ الربا، ولا ربا في دينٍ ساقط.

[2]قوله: حكماً؛ إذ الحكمُ في الشرعِ للغالب؛ لأنَّ الغشَّ القليلَ لا يخرجُ الدرهمَ

(1) «تبيين الحقائق»(4: 140).

فلم يجزْ بيعُ الخالصين به، ولا بيعُ بعضِهِ ببعضٍ إلا متساوياً وزناً، وإن غَلَبَ عليهما الغشُّ فهما في حكمِ العرضينِ، فبيعُهُ بالفضّةِ الخالصةِ على وجوهٍ: حليةُ السَّيفِ

فلم يجزْ بيعُ الخالصين به، ولا بيعُ بعضِهِ ببعضٍ إلا متساوياً وزناً، وإن غَلَبَ[١] **عليهما الغشُّ فهما في حكمِ العرضينِ**[٢]**، فبيعُهُ بالفضّةِ الخالصةِ على وجوهٍ: حليةُ السَّيفِ**): أي إن كانت الفضّةُ الخالصةُ مثل الفضّة التي في الدَّراهمِ، أو أقلَّ أو لا يدري لا يصحُّ[٣]، وإن كانت أكثرَ يصحُّ إن لم يفترقا بلا قبضٍ.

عن الدرهميّة، أو الدينارُ عن الديناريّة؛ لأنَّ النقودَ المستعملةَ بين الناسِ لا تخلو منه، لأنّها لا تنطبعُ إلا مع الغشّ، فإنّها بدون بعض الغشِّ لا يجتمعُ بعضها مع بعض.

وقد يكونُ الغشُّ خلقياً كما في ناقصِ العيار، فيلحقُ القليلُ بالرداءة الفطريّة، والجيّدُ والرديء سواءُ عند المقابلةِ بالجنس، فيجعلُ الغشُّ الذي فيهما معدوماً، حتى لا يكون له اعتبارٌ أصلاً بخلاف ما إذا كان الغالبُ هو الغشّ.

[١]قوله: **وإن غلب**...الخ؛ قال العلاَّمة الأَقْطَعُ في «شرح مختصر القُدُوريّ»: هذا إذا كانت الفضَّةُ لا تتخلَّصُ عن الغشِّ؛ لأنّها صارت مستهلكة، ولا اعتبارَ لها، أمّا إذا كانت تتخلَّصُ عن الغشِّ فليست مستهلكة. انتهى.

[٢]قوله: **في [حكم] العرضين**؛ اعتباراً للغالب، فإنَّ المغلوبَ في مقابلةِ الغالبِ كالمستهلكِ، قال شيخنا العلامة الطحطاوي[١]: مقتضى ذلك أنّه لا يشترطُ القبض، ولا يشترطُ أن يكون الخالصُ أكثرَ إلا أن يجابَ بأنَّ المرادَ بذلك أنّه ليس في حكمِ الصَّرف. انتهى. فالأولى تعبيرُ «الكنز»[٢] بقوله: ليس في حكمِ الدراهمِ والدنانير.

[٣]قوله: **لا يصحّ**؛ العقدُ في الفضَّة ولا في النحاس إذا كان لا تتخلّص الفضَّةُ إلا بضرر، وإن كانت الفضَّةُ الخالصةُ أكثرَ ما في الدَّراهمِ يصحُّ ليكون ما في الدَّراهمِ من الفضّةِ بمثلِها من الخالصة، والزائدُ [من] الخالصةِ بمقابلةِ الغشّ، كذا في «الفتح»[٣].

---

(١) في «حاشيته على الدر المختار»(٣: ١٤٠).

(٢) «كنز الدقائق»(ص١٠٩).

(٣) «فتح القدير»(٦: ٢٧٥).

وبجنسِهِ متفاضلاً صحَّ بشرطِ القبضِ في المجالس، وإن شرى سلعةً بالدَّراهم المغشوشة أو بالفلوسِ النَّافقةِ صحَّ، فإن كَسَدَت

(**وبجنسِهِ**[١] **متفاضلاً صحَّ بشرطِ القبضِ في المجالس**)، وإنَّما يصحُّ صرفاً للجنسِ إلى خلافِ الجنس؛ لأنَّه في حكمِ شيئينِ فضّةٌ وصُفر[٢]، فإذا شُرطَ القبضُ في الفضّةِ شُرطَ في الصُّفرِ[٣]؛ لعدم التَّمييز.

(**وإن شرى سلعةً بالدَّراهم المغشوشة أو بالفلوسِ النَّافقةِ صحَّ، فإن كَسَدَت**[٤]

[١]قوله: وبجنسه...الخ؛ أي إن بيعت الدَّراهمُ التي غلبَ غشُّها بجنسِها متفاضلاً، سواء كان عدداً أو وزناً صحَّ ذلك البيع؛ لأنَّ الغشَّ من كلٍّ واحدٍ منهما مقابلُ بالفضَّةِ أو الذهبِ الذي في الآخرِ فلا يضرُّ التفاضلُ فيهما باختلاف الجنس.

وفي «الكافي»: لم يجوِّزْ مشايخنا التفاضلَ في العَدَالَى والغَطَارِفة؛ لأنّها أعزُّ الأموالِ وأروجها في ديارنا، فيفضي إباحتُهُ إلى فتحِ بابِ الربا. انتهى، وهكذا في «الهداية»(١)، وغيرها.

[٢]قوله: صفر؛ قال في «المصباح المنير»(٢): الصُّفرُ مثل قُفل، وكسرِ الصادِ لغة: النحّاس، وقيل: أجوده. انتهى. وقال في «الصحاح»(٣): بالضمِّ الذي يعمل منه الأواني. انتهى. وبهندي: كاشي كَويند. كذا في «الغياث».

[٣]قوله: شرط في الصُّفْر؛ هذا إذا عرفَ أنَّ الفضَّةَ تجتمعُ عند إذابةِ المغشوشةِ ولا تحترق، أمّا إذا عرفَ أنّها تحترقُ وتهلك كان حكمُها حكمَ النُّحاسِ الخالص، ولا يجوزُ بيعُها لجنسِها متفاضلاً، كذا في «مجمع الأنهر»(٤)، وغيرها.

[٤]قوله: فإن كسدت؛ حدُّ الكسادِ أن تتركَ المعاملةُ بها في جميع البلاد، وإن كان يروج في بعض البلاد، لا يبطلُ البيع، لكنّه يتعيَّبُ إذا لم تروج في بلدهم، فيتخيَّرُ البائعُ

(١) «الهداية»(٣: ٨٥).
(٢) «المصباح المنير»(ص٣٤٢).
(٣) «الصحاح»(ص٧٢٣).
(٤) «مجمع الأنهر»(٢: ١٢٠).

بطلَ، ولو استقرضَ فلوساً فكسدتْ يَجِبُ مثلُها

بطلَ[١]): أي كسدتِ الفلوس قبل تسلُّمِها بطلَ عند أبي حنيفةَ ﷺ، وعندهما: لا يبطلُ[٢]، فعند أبي يوسفَ ﷺ يَجِبُ قيمتُها يومَ البيع، وعند محمدٍ ﷺ آخرُ ما يتعاملُ به الناس.

(ولو استقرضَ فلوساً فكسدتْ يَجِبُ مثلُها[٣])

إن شاءَ أخذَه وإن شاءَ أخذَ قيمتَه، وحدُّ الانقطاعِ أن لا يوجدَ في السُّوق، وإن كان يوجدُ في يدِ الصيارفةِ وفي البيوت.

وفي «الفتاوى الصغرى»: حدُّ الكسادِ أن لا تروجَ في جميعِ البلدان، ثم قال: هذا قولُ محمَّد ﷺ، وأمَّا عندهما: الكسادُ في بلدِه يكفي لفسادِ البيعِ في تلك البلدةِ بناءً على اختلافِهم في بيعِ الفلوسِ بالفلسين، فعندهما: يجوزُ اعتباراً لاصطلاحِ بعضِ النّاس، وعنده: لا يجوز؛ لأنّه يعتبرُ اصطلاحُ الكلّ. كذا في «الرمز»(١).

[١]قوله: بطل؛ لأنَّ الثمنيّة يثبتُ لها لعارضِ الاصطلاح، فإذا كسدتْ رجعتْ إلى أصلِها، ولم تبقَ ثمناً، فيبطلُ البيعُ لبقائه بلا ثمن، ويجبُ على المشتري ردُّ المبيعِ إن كان قائماً، ومثلُه أو قيمتُهُ إن كان هالكاً، كما في البيعِ الفاسد.

[٢]قوله: لا يبطل؛ لأنَّ العقدَ قد صحَّ لبقاءِ الاصطلاحِ على الثمنيَّة عند وجودِه، وإنَّما تعذَّرَ التسليمُ بعده بالكساد، وذلك لا يوجبُ الفساد؛ لاحتمالِ الزوالِ بالرواج، فصار كما لو اشترى ثياباً بالرطب، ثمَّ انقطعَ عن أيدي الناس، وإذا لم يبطلْ البيعُ عندهما وقد تعذّر تسليمِه تجبُ قيمتُه.

لكن يعتبرُ قيمتُهُ يومَ البيعِ عند أبي يوسفَ ﷺ؛ لأنَّ الثمنَ صارَ مضموناً به: كالمغصوب، فإنّه يعتبرُ قيمتُه؛ لأنّه مضمونٌ به، وعند محمَّدٍ ﷺ يعتبرُ قيمتُهُ يوم الكساد، وهو آخرُ ما يتعاملُ النَّاسُ بها؛ لأنّه يوم الانتقالِ إلى القيمة؛ لأنَّ المسمّى كان واجبَ التسليمِ إلى أن ينقطع، فإذا انقطعَ انتقلَ إلى القيمة؛ للتَّعذّر، فيعتبرُ قيمته يومئذٍ، وقال في «الذخيرة»: الفتوى على قولِ أبي يوسفَ ﷺ، وفي «المحيط»: يفتى بقول محمد ﷺ.

[٣]قوله: يجب مثلها؛ إذا كانت هالكة، وأمَّا إذا كانت قائمةً فروعيتها

(١) «رمز الحقائق»(٢: ٦٦).

ومَن شرى شيئاً بنصفِ درهمٍ فلوسٍ، أو دانق فلوسٍ، أو قيراطٍ

هذا عند أبي حنيفةَ [1]، وعند أبي يوسفَ [2] يَجِبُ قيمتُها يومَ القبضِ، وعند محمّدٍ يوم الكساد كما مرَّ.

(ومَن شرى شيئاً بنصفِ درهمٍ فلوسٍ [3]، أو دانق [4](1) فلوسٍ، أو قيراطٍ

بالإجماع؛ لأنَّ المردودَ في القرضِ جعلَ عينَ المقبوضِ حكماً، وإلا يلزمُ مبادلةُ جنسٍ بجنسٍ نسيئة، وإنّه حرام، فلا يشترطُ فيها الرواج.

[1]قوله: عند أبي حنيفة ؛ له أنّه إعارةٌ وموجبُها ردُّ العينِ معنىً، وذا بالمثلِ والثمنيّةُ فضلٌ فيه، إذ صحَّةُ استقراضِ الفلسِ لم يكن باعتبارِ الثمنيّة؛ بل لأنّه مثليّ، وبالكسادِ لم يخرجْ من أن يكون مثليّاً؛ ولذا صحَّ استقراضُهُ بعد الكساد، كذا في «الكافي».

[2]قوله: وعند أبي يوسف...الخ؛ وقولُ أبي يوسفَ أيسر للفتوى بأنَّ يومَ القبضِ يعلمُ بلا كلفة، وقولُ محمّد : أنْظَر في حقِّ المستقرض؛ لأنَّ قيمتَها يومَ الانقطاعِ أقلّ، وكذا في حقِّ المقرض بالنظرِ إلى قولِ الإمامِ لا إلى المفتي؛ لأنَّ يومَ الكسادِ لا يعرفُ إلا بحرج، كذا في «مجمع الأنهر»(2)، وغيره.

[3]قوله: بنصفِ درهمٍ فلوس؛ يعني أنَّ ذلكَ النصفَ من الدراهمِ فلوسٌ لا نُقرة، كذا في «العناية»(3)، وأوَّله في «الكفاية»(4) بفلوسٍ قيمتُها نصفُ درهمِ فضة، واقتصرَ المصنِّف على ما دونَ الدرهم؛ لأنّه لو اشترى بدرهمٍ فلوس، أو بدرهمين فلوس، لا يجوزُ عند محمَّد ؛ لعدمِ العرف، وجوَّزَهُ أبو يوسفَ للعرف، وهو الأصحّ، كما في «الكافي».

[4]قوله: أو دانق؛ في «المغرب»(5): الدَّانقُ بالفتحِ والكسر: قيراطان والجمعُ

---

(1) الدَّانقُ: قيراطان أو سدس الدرهم، والجمعُ دوانق ودوانيق. ينظر: «المغرب»(ص١٦٩)، و«الصحاح»(١: ٤١٨)، و«الفتح»(٦: ٢٨٠).

(2) «مجمع الأنهر»(٢: ١٢٢).

(3) «العناية»(٦: ٢٨٠).

(4) «الكفاية»(٦: ٢٨٠).

(5) «المغرب»(ص١٦٩).

فلوس صحَّ وعليه ما يُباعُ بنصف درهمٍ، أو دانق، أو قيراطٍ منها، ولو قال لمن أعطاه درهما: أعطني بنصفِهِ فلوساً وبنصفِهِ نصفاً إلاَّ حبَّةً

فلوس صحَّ[1] **وعليه ما يُباعُ بنصف درهمٍ، أو دانق، أو قيراطٍ منها)**: أي اشترى بنصفِ درهمٍ أو دانقٍ أو قيراطٍ على أن يُعطى عوض ذلك الثَّمن فلوساً صحَّ، وعلى المشتري[2] من الفلوسِ ما يُعطى في مقابلةِ ذلك الثَّمن، والقيراطُ عند الحسَّابِ نصف عشرِ المثقال، وعند زفرٍ ﷺ لا يجوزُ هذا البيع؛ **لأنَّ الفلوس**[3] عدديَّةٌ، وتقديرُها بالدَّانقِ ونحوه ينبئُ عن الوزنِ.

ولنا[4]: أن الثَّمنَ هو الفلوس، وهي معلومة.

(ولو قال لمن أعطاه درهما: أعطني بنصفِهِ فلوساً وبنصفِهِ[5] **نصفاً إلاَّ حبَّةً**

دوانق ودوانيق، وفي «الصحاح»(1): الدانقُ سدسُ الدِّرهم، والقيراطُ نصفُ دانق، وأصله: قرّاط بالتشديد، بدليلِ جمعِه على قراريط، فأبدلَ من إحدى حرفيّ تضعيفِهِ ياء، كذا في «النهاية».

[1]قوله: صحّ؛ لأنَّ التبايعَ بهذا الطريقِ متعارفٌ في القليل، معلومٌ بين الناس لا تفاوتَ فيه، فلا يؤدّي إلى النِّزاع.

[2]قوله: وعلى المشتري...الخ؛ يعني ويجبُ عليه قدرَ ما يباعُ من عددِ الفلوسِ بمقابلةِ نصفِ درهمٍ فضّةٍ إذا بيعت الفلوسُ بمقابلةِ نصفِ درهمٍ في سوقِ الصيارفة.

[3]قوله: لأنَّ الفلوس...الخ؛ يعني لأنّه اشترى بالفلوسِ وهي تقدَّرُ بالعددِ لا بالدرهمِ والدَّانق؛ لأنّه موزون، فذكرُهُ لا يغني عن العدّ فبقيَ الثمنُ مجهولاً.

[4]قوله: ولنا...الخ؛ حاصلُ الجوابِ أنّه لَمّا ذكرَ الدرهمَ ثمَّ وصفَهُ بأنّه فلوسٌ وهو لا يمكن، عُلِمَ أنَّ المرادَ ما يباعُ به من الفلوس، وهو معلوم، فأغنى عن ذكرِ العدد، فلا تلزمُ جهالةُ الثمن، والبسطُ في «الفتح»(2) وغيره من المبسوطات.

[5]قوله: وبنصفه...الخ؛ أي أعطى بنصفِ الدِّرهمِ درهماً صغيراً يساوي نصفِ الدِّرهمِ إلا حبّة.

---

(1) «الصحاح»(1: 418).

(2) «فتح القدير»(6: 280).

فَسَدَ البيعُ أصلاً، بخلاف: أعطني نصفَ درهمٍ فلوساً ونصفاً إلا حبَّةً، فالنِّصفُ إلا حبَّةً بمثلِهِ، وما بقي بالفلوس. ولو كرَّر: أعطني أعطني صحَّ في الفلوسِ فقطْ

فَسَدَ البيعُ أصلاً[1]، بخلاف: أعطني نصفَ درهمٍ فلوساً ونصفاً إلا حبَّةً، فالنِّصفُ[2] إلا حبَّةً بمثلِهِ، وما بقي بالفلوس.

ولو كرَّر: أعطني أعطني صحَّ في الفلوسِ فقطْ[3])

[١]قوله: **فسدَ البيعُ أصلاً**؛ أي في الكلِّ عند الإمام؛ لأنَّ الفسادَ قويٌّ في البعضِ وهو قوله: نصفُ درهمٍ إلا حبّة؛ لتحقُّقِ الربا؛ لأنّه باعَ الفضَّة بالفضَّة متفاضلاً وزنَ الحبَّة فيسري إلى البعضِ الآخرِ وهو الفلوس؛ لاتِّحادِ الصفقة، وعندهما: صحَّ البيعُ في الفلوس، وبطلَ فيما يقابلُ الفضّة.

وأصلُ الخلافِ أنَّ العقدَ يتكرَّرُ عنده بتكرارِ اللّفظ، وعندهما: بتفضيل الثمن، حتى لو قال: أعطني بنصفِهِ فلوساً وأعطي بنصفِهِ نصفاً إلا حبّة، جازَ البيعُ في الفلوس، وبطلَ في الفضَّةِ بالإجماع، كما سيأتي، وإن شئتَ زيادةَ التفصيلِ فارجعْ إلى «التبيين»(١)، وغيره.

[٢]قوله: **فالنصف**...الخ؛ حاصلُهُ: أنّه قابلَ الدرهمَ بما يباعُ من الفلوسِ بنصفِ درهم، وبنصفِ درهمٍ إلا حبّة، فيكون نصفُ درهمٍ إلا حبةً بمثله، وما وراءه بإزاءِ الفلوسِ بخلافِ المسألةِ الأولى؛ لأنّه صرَّح بالفساد، حيث جعلَ بإزاءِ الدرهمِ الصغيرِ نصف درهمٍ من الدرهمِ الكبيرِ إلا حبّة، وهو ربا.

والعاقدان متى صرَّحا بفسادِ العقد لا يحملُ على وجهِ الصحّة، وأمَّا في هذه المسألةِ لم يصرّح؛ فإنّه لم يبيِّنْ للدرهمِ الصغيرِ حصَّةً من الدرهمِ الكبير، كذا في «النهاية».

[٣]قوله: **صحَّ في الفلوسِ فقط**؛ قال العلامة الكرمانيُّ ﷺ(٢): لو كرَّرَ لفظَ الإعطاءِ كان جوابُه كجوابهما؛ لأنّهما بيعان، بأن قال: أعطني بنصفِهِ كذا فلساً، أو

---

(١) «تبيين الحقائق»(٤: ١٤٥).

(٢) في «الكفاية»(٦: ٢٨١ - ٢٨٢).

أي كرَّر لفظ أعطني في الصُّورةِ الأولى، وهي تقسيمُ الدِّرهم، صحَّ في الفلوسِ، ولم يَصِحَّ في نصفِ الدِّرهم إلا حبَّةً؛ لأنَّه لَمَّا كرَّر أعطني صارَ بيعين.

أعطني بنصفِهِ الباقي نصفاً إلا حبّة، فالحكمُ أنَّ العقدَ في حصَّةِ الفلوسِ جائزٌ بالإجماع.

وحكي عن الفقيهِ عمرَ بن جعفرَ الهِنْدُوانيّ، والفقيهِ مظفَّر بن اليمان، والشيخِ الإمامِ شيخِ الإسلامِ ﷺ هاهنا أيضاً، لا يصحُّ وإن كرَّرَ لفظَ الاعطاء؛ لأنَّ الصفقةَ متَّحدة؛ لأنَّها لو تفرَّقت إنَّما تفرَّقت بتكرُّر قوله: أعطني، ولا وجهَ إليه؛ لأنَّ قوله: أعطني، مساومة، وبتكرر المساومةِ لا يتكرَّرُ البيع.

ألا ترى إن يذكرَ المساومةَ لا ينعقدُ البيعُ حتى أنّ مَن قال لآخر بعني: فقال الآخر: بعت، لا ينعقدُ البيعُ ما لم يقل: اشتريت، وإذا كان لا ينعقدُ البيعُ بذكرِ المساومةِ فبتكرار كيف يتكرَّرُ العقد، فكانت الصفقةُ واحدة، والصَّحُيح أنّهما بيعان، فلا يشيعُ الفساد. انتهى.

وقال في «الهداية»[1]: لو كرَّرَ لفظَ الإعطاءِ كان جوابُهُ كجوابهما هو الصَّحيح؛ لأنّهما بيعان. انتهى.

(١) «الهداية»(٣: ٨٦).

كتاب الكفالة[1]

[1]قوله: كتاب الكفالة؛ لَمَّا فَرَغَ المصنِّفُ ﷺ عن بيانِ مسائلِ البيوعِ شرعَ في مسائلِ الكفالة؛ لمناسبةِ أنَّ تحقّقها في الوجودِ يكونُ غالباً عقبَ البيع، فإنّه قد لا يطمئنُّ البائعُ إلى المشتري فيحتاجُ إلى مَن يكفلُهُ بالثمن، أو لا يطمئنُّ المشتري إلى البائع، فيحتاجُ إلى مَن يكفلُهُ في المبيع.

ولها مناسبةٌ خاصَّةٌ بالصرف، وهي أنّها تصيرُ بالآخرة معاوضة، عمَّا ثبتَ في الذمَّةِ من الأثمان، وذلك عند الرُّجوعِ على المكفولِ عنه، ثمَّ لزمَ تقديمُ الصرف؛ لكونِهِ من أبوابِ البيعِ السابقِ على الكفالة.

والكفالةُ: في اللُّغةِ: هي الضمّ، قال الله ﷻ: ﴿وَكَفَّلَهَا زَكَرِيَّا ﴾[1]: أي ضمّها إلى نفسِه، وقال رسولُ الله ﷺ: «أنا وكافل اليتيم كهاتين»[2]؛ أي انضمامُ اليتيمِ إلى نفسه.

وقال في «المصباح»[3]: «كفلتُ بالمالِ وبالنفسِ كفلاً من باب قتل، وكفالاً أيضاً، والاسمُ الكفالة، وحكى أبو زيدٍ ﷺ سماعاً من العرب: من بابَي تعب وقرب، وحكى ابن القَطَّاع ﷺ: كفلتُهُ وكفلتُ به، وعنه: تحمَّلت به.

ويتعدَّى إلى مفعولٍ ثانٍ بالتضعيفِ والهمزة، والفاعلُ من كفالة المال: كفيل به للرجلِ والمرأة، وقال ابنُ الأَعْرَابي ﷺ: فكافلٌ أيضاً مثل ضمين وضامن، وفرَّقَ بينهما الليثُ ﷺ فقال: الكفيلُ: الضَّامن، والكافل: هو الذي يعولُ إنساناً وينفقُ عليه». انتهى مختصراً.

وفي الشرع: ما ذكرَه المصنِّفُ ﷺ.

وركنُها: إيجابٌ وقبولٌ بألفاظٍ يأتي ذكرها.

وشرطُها: كونُ المكفولِ به نفساً كان أو مالاً مقدورَ التَّسليمِ من الكفيل، حتى لا

---

(١) آل عمران: ٣٧.

(٢) في «صحيح البخاري»(٥: ٢٠٣٢)، و«سنن أبي داود»(٤: ٣٣٨) واللفظ له.

(٣) «المصباح المنير»(ص٥٣٦).

هي ضَمُّ ذمَّةٍ إلى ذمَّةٍ

هي ضَمُّ ذمَّةٍ[١] إلى ذمَّةٍ

تصحَّ الكفالةَ بالحدودِ والقصاص، كما سيأتي ذكره إن شاء الله تعالى، وفي الدَّينِ كونُهُ صحيحاً، حتى لا تجوزُ الكفالةُ ببدلِ الكتابةِ كما سيجيءُ تحقيقُه.

وأهلها مَن هو أهل للتبرُّع، فلا تصحُّ من العبدِ والصبيِّ والمجنون، لكنَّ العبدَ يطالبُ بعد العتق، كما صرّحوا به، والمدَّعي: مكفولٌ له؛ لأنَّ فائدةَ الكفالةِ ترجعُ إليه، والمدَّعى عليه مكفولٌ عنه، ويسمَّى بالأصيلِ أيضاً، والنَّفسُ في الكفالةِ بالنفس، والمالُ في الكفالةِ بالمالِ مكفول به، ففي الكفالةِ بالنفسِ المكفولُ عنه وبه واحد، ومَن لزمته المطالبةُ يسمَّى كفيلاً.

[١]قوله: ضمَّ ذمّة؛ قال في «المصباح المنير»(١): وتفسَّرُ الذمَّةُ بالعهدِ وبالأمانِ وبالضمانِ أيضاً، وسمِّيَ المعاهدُ ذميّاً نسبةً إلى الذمّةِ بمعنى العهد. انتهى مختصراً.

وفي «المغرب»(٢): الذمَّةُ: العهد؛ ويعبَّرُ بالأمانِ والضمان، ويسمَّى محلُّ التزامِ الذمَّةِ بها في قولهم: ثبتَ ذمَّتي كذا، وذكرَ القاضي أبو زيد ﷺ: إنَّ الذمَّةَ وصفٌ يصيرُ به الإنسانُ أهلاً، لما له ولما عليه، فإنّه ﷻ لَّما خلقَ الإنسانَ وأكرمَه بالعقلِ والذمَّةِ حتى صار أهلاً لوجوبِ الحقوقِ له وعليه، وثبتت له حقوقُ العصمةِ والحريَّةِ والمالكيّة، وهذا هو العهدُ الذي جرى بين الله ﷻ وعبادهِ يوم الميثاق.

ثمَّ هذا الوصفُ غير العقل بل العقلُ إنّما هو لمجرَّدِ فهمِ الخطاب، فالوجوبُ مبنيٌّ على ذلك الوصفِ المسمَّى بالذمة، حتى لو فرضَ ثبوت العقلِ بدون ذلك الوصفِ لم يثبتْ الوجوبُ له عليه. والحاصلُ أنّ هذا الوصفَ بمنزلةِ السبب؛ لكونِ الإنسانِ أهلاً للوجوبِ له وعليه، والعقلُ بمنْزلةِ الشرط.

وفسَّرها فخرُ الإسلامِ ﷺ بالنَّفسِ والرقبةِ التي لها عهد، والمرادُ بها العهد، فقولهم: في ذمَّته؛ أي في نفسِهِ باعتبارِ عهدها، من باب إطلاقِ الحالِ وإرادةِ المحل، وهذا المعنى أنسبُ بهذا المقام، وزيادةُ التفصيلِ في «النهر»، وغيره.

(١) «المصباح المنير»(ص٢١٠).

(٢) «المغرب»(ص١٧٦).

في المطالبةِ لا في الدَّين، هو الأصحُّ

في المطالبةِ[1] لا في الدَّين، هو الأصحُّ)، وعند البعضِ ضَمُّ الذمّةِ إلى الذِّمَّةِ في الدَّين؛ لأنَّه[2] لو لم يثبتِ الدَّينُ لم يثبتِ المطالبة، والأصحُّ هو الأوَّلُ

[١]قوله: في المطالبة؛ وقال في «المنح»(١): أصلُهُ أنَّ الكفيلَ والمكفولُ عنه صارا مطلوبين للمكفولِ له، سواء كان المطلوبُ من أحدهما هو المطلوبُ من الآخر، كما في الكفالةِ بالمالِ أو لا، كما في الكفالةِ بالنفس، فإنَّ المطلوبَ من الأصيلِ المال، ومن الكفيلِ إحضارُ النفس، ولفظُ المطالبةِ بإطلاقِهِ ينتظمهما، هذا على رأي بعضهم.

وجزمَ مسكين في «شرح الكنز»(٢) بأنَّ المطلوبَ منهما واحد، وهو تسليمُ النفس، فإنَّ المطلوبُ عليه تسليمُ نفسه، والكفيلُ قد التزمَه، إذا علمتَ هذا ظهرَ لك أنّه لا يحتاجُ إلى قول ملا خسرو(٣)؛ وهي ضمُّ ذمَّةٍ إلى ذمَّةٍ في مطالبةِ النفسِ أو المالِ أو التسليم؛ لأنَّ المطالبةَ تشتملُ ذلك. انتهى.

ولا يذهبُ عليك أن مُلاّ خسرو قال بعده(٤): وإنّما اخترتُ تعريفاً صحيحاً متناولاً بجميعِ الأقسام، صريحاً. انتهى. والظاهرُ أنَّ التصريحَ في التعريفِ أولى.

[٢] قوله: لأنَّه...الخ؛ توضيحُهُ: إنّ التزامَ المطالبةِ يبتني على التزامِ أصلِ الدَّين، فيثبتُ الدَّينُ في ذمَّةِ الكفيلِ مع بقائهِ في ذمَّةِ المكفول عنه، ولا يستوفى إلاَّ من أحدِهما كالغاصبِ وغاصبِ الغاصب.

فإنَّ كلَّ واحدٍ منهما ضامنٌ للقيمة، وحقُّ المالكِ في قيمةٍ واحدة، واختيارُهُ تضمينُ أحدهما يوجبُ براءةَ الآخر؛ ولهذا لو وجبَ المكفولُ له الدَّينَ للكفيل صحّ، ويرجعُ به على الأصيل، مع أنَّ هبةَ الدَّينِ من غيرِ مَن هو عليه لا تصحّ، ولو اشترى ربُّ الدَّينِ من الكفيلِ بالدَّينِ ميّتاً صحَّ مع أنّ الشراءَ بالدَّينِ من غيرِ مَن هو عليه لا يصحّ.

---

(١) «منح الغفار»(ق٢: ٧٧/أ - ب).

(٢) «شرح الكنز»(ص٢٠٦).

(٣) في «درر الحكام»(٢: ٢٩٥).

(٤) في «درر الحكام»(٢: ٢٩٥).

وهي ضربان: بالنَّفس. والمال.

لأنَّ[١] الدَّينَ لا يتكررُ، فإنَّه لو أوفاه أحدُهما لا يبقى على الآخرِ شيءٌ.

(وهي[٢] ضربان:

١. بالنَّفسِ.

٢. والمال.

[١]قوله: لأنَّ...الخ؛ تفصيلُهُ أنَّ الدَّينَ واحدٌ لا يتكرَّر، بدليل أنَّه إن أوفاه أحدُهما لا يبقى على الآخرِ شيء، فإن جعلَ الدَّين الواحدَ في حكمِ دينين، يلزمُ قلبُ الحقيقة، فلا يصارُ إليه إلاَّ عند الضرورة، إذا وهبَ الدَّائنُ الدَّينَ للكفيل، أو اشترى به منه شيئاً.

فإنَّ الدَّينَ يقدَّرُ على الكفيلِ أيضاً ضرورةَ تصحيحِ تصرُّفه، ولا ضرورةَ هاهنا؛ لأنَّ التوثُّقُ يحصلُ بتعددِ المطالب، وأمَّا الغصبُ من الغاصبِ فلا يجب فيه إلا دينٌ واحدٌ على أحدهما، لا على التَّعيين؛ ولهذا لو اختارَ المالكُ أحدهما ليس له أن يطالبَ الآخرَ لتضمّنِه التمليك منه. كما صرَّحَ به في غيرِ واحدٍ من المعتبرات.

[٢]قوله: وهي...الخ؛ أي الكفالةُ تنقسمُ إلى قسمين، أحدُهما: الكفالةُ بالنَّفس، والثاني: الكفالةُ بالمال، وللشافعيُّ ﷺ خلافٌ في الأوّل، إذ عنده لا تجوزُ الكفالةُ بالنفسِ في قول؛ لأنّه غير قادرٍ على تسليمِ المكفولِ له، حيث لا ينقادُ له، بل يمانعُهُ ويدافعُهُ بخلافِ الكفالةِ بالمال؛ لقدرتِهِ على مالِ نفسه.

ولنا: قوله ﷺ: «الزعيمُ غارم»(١)، رواهُ التِّرْمِذِيُّ، وأبو داود، ومعناه: الكفيلُ ضامن، ووجهِ الاستدلالِ أنّه بإطلاقِهِ يفيدُ مشروعيَّة الكفالةِ بنوعيها، لا يقال: لا عزمَ في كفالةِ النفس؛ لأنّا نقول: العزمُ لزومُ ضررٍ عليه.

ومنه قوله ﷻ: ﴿إِنَّ عَذَابَهَا كَانَ غَرَامًا ﴿٦٥﴾﴾(٢)، ويمكنُ العملُ بموجبها بأن يخلّي بينه وبينه على وجهٍ لا يقدرُ أن يمتنع عنه، أو بأن يستعينَ بأعوانِ القاضي على تسليمِه، مع أنّه إنّما يتكفَّلُ بنفسِ مَن يقدرُ على تسليمه، وينقادُ له.

(١) في «سنن الترمذي»(٣: ٥٣٥)، وقال: حديث حسن صحيح، و«سنن أبي داود»(٣: ٢٩٦)، وغيرها.

(٢) الفرقان: ٦٥.

فالأَوَّلُ ينعقدُ: بكفلت بنفسِه، ونحوها ممَّا يُعبَّرُ به عن بدنِه، وبنصفه

فالأَوَّلُ ينعقدُ: بكفلت[1] بنفسِه، ونحوها ممَّا يُعبَّرُ به عن بدنِه[2]، وبنصفه[3]

وأيضاً إلزامُ الشيءِ على نفسِهِ يصحّ، وإن كان لا يقدرُ على الملتزم عليه غالباً، كمَن نذرَ أن يحجَّ ألفَ حجَّةٍ يلزمُهُ ذلك، وإن كان لا يعيشُ ألفَ سنة، ذكره في «مجمع الأنهر»(١)، وغيره، والقولُ الأظهر عند الشافعيَّةِ أنّها جائزة. كذا في «الفتح»(٢).

وبه قال أحمد ﷺ، وهو قولُ عمرَ، وعثمانَ، وابنُ مسعود، وابن عمر، وحمزةُ بن عمرو الأسلميّ، وجريرُ بن عبد الله، وأبيّ بن كعب، وعمرانُ بن الحصين، والأشعثُ بن قيس ﷺ، صرَّحَ به العلاَّمةُ العَيْنِي(٣)، وغيره.

[١]قوله: بكفلت؛ ولم يذكرْ محمّد ﷺ ما إذا كفلت بعينِه، قال البَلْخِيُّ ﷺ: لا يصحُّ كما في الطلاق، إلا أن ينويَ به البدن، والذي يجبُ أن تصحَّ الكفالةُ به كالطَّلاق، إذ العينُ ممّا يعبّر به عن الكلّ، يقال: عينُ الكل، وهو عينٌ في النّاس، ولعلَّه لم يكن معروفاً في زمانهم، أمّا في زماننا فلا شكَّ في ذلك، كذا في «الفتح»(٤).

[٢]قوله: ممَّا يعبَّرُ به عن بدنه؛ أي ممّا يعبَّرُ به من أعضائه عن جميع البدنِ كرأسِهِ ووجهِه ورقبتِهِ وعنقِهِ وجسدِه وبدنِه، بأن يقول: تكفَّلتُ برأسِهِ أو بوجهه... الخ؛ لأنَّ هذه الألفاظَ يعبَّرُ بها عن جميعِ البدنِ حقيقةً أو عرفاً، ولو كفلَ بيدِهِ أو برجلِهِ لا تنعقدُ الكفالة؛ لأنّهما لا يعبَّرُ بها عن البدن؛ ولهذا لا يقعُ الطلاقُ ولا العتاقُ بهما.

وقال الشَّافِعِيُّ: تنعقدُ الكفالةُ بجزءٍ لا يمكنُ فصلُهُ كالقلبِ والكبد، وبه قال أحمد ﷺ في رواية، وقال مالك ﷺ: بكلِّ عضوٍ من البدن، ذكره العلامةُ الشُّمُنِّيُّ في «كمال الدراية»(٥).

[٣]قوله: وبنصفِهِ؛ وغيرِ ذلك من الأجزاءِ الشائعة؛ لأنَّ النَّفسَ الواحدةَ في حقِّ الكفالةِ لا تتجزؤ، إذ المستحقُّ بكفالتِها إحضارها وإحضارُ جزءها الشائعُ دونَ كلِّها لا

---

(١) «مجمع الأنهر»(٢: ١٢٥).

(٢) «فتح القدير»(٦: ٢٨٥).

(٣) في «البناية»(٦: ٧٢٣).

(٤) «فتح القدير»(٦: ٢٨٦).

(٥) «كمال الدراية»(ق٤٩٦).

وبثلثِه، وبضمنته، أو عليَّ، أو إليَّ، أو أنَا به زعيم، أو قبيل. ويلزمُهُ إحضارُ المكفول به إن طلبَ المكفولُ له، فإن لم يحضرْهُ يحبسُه الحاكم.

وبثلثِه، وبضمنته[١]، أو عليَّ، أو إليَّ، أو أنَا به زعيم[٢]، أو قبيل.

ويلزمُهُ[٣] إحضارُ المكفولِ به إن طلبَ المكفولُ له، فإن لم يحضرْهُ يحبسُه الحاكم.

يتصوّر، فصارَ ذكرُهُ كذكرِ كلِّها.

[١]قوله: **وبضمنته**؛ أي بقوله: ضمنتُ لك فلاناً؛ لأنّه تصريحٌ بمقتضى عقدِ الكفالة، فإنّه يصيرُ به ضامناً للتَّسليم، والعقدُ ينعقدُ بالتصريحِ بمقتضاه، كما أنَّ البيعَ ينعقدُ بلفظِ التمليك.

وأمَّا عليَّ فلان: كلمةُ: عليَّ للالتزام، فكأنّه قال: أنا الملتزمُ تسليمُه، وأمّا إليَّ فلان: كلمةُ إليَّ بمعنى: عليَّ، كما في قوله ﷺ: «مَن تركَ كلاًّ فإليَّ، ومَن تركَ مالاً فلورثته»[١] رواه أبو داود، والنَّسائيُّ وابنُ ماجة من حديثِ المقدامِ بن مَعْدِ يَكْرِب ﷺ، وإن شئت التحقيقَ في هذا المقامِ فارجعْ إلى «ردّ المحتار»[٢]، فإنّ فيه ما لا تجده في غيره.

[٢]قوله: **أو أنا به زعيم**؛ لأنَّ الكفيلَ يسمّى زعيماً، قال اللهُ تعالى حكايةً عن صاحبِ يوسفَ ﷺ: ﴿وَأَنَا بِهِۦ زَعِيمٌ ۝٧٢﴾[٣]؛ أي كفيل، وكذا القبيل، ولهذا سمِّيَ الصكُّ: قباله؛ لأنّه يحفظُ الحقَّ كالكفيل، ولا تنعقدُ الكفالةُ بقولِه: أنا ضامنٌ لمعرفته؛ لأنّه ضمنَ المعرفةِ لا التسليم.

وقال أبو يوسف ﷺ: يصيرُ ضامناً للعرف، وقال الفقيه أبو اللَّيث ﷺ: هذا القولُ عن أبي يوسفَ ﷺ غيرُ مشهور، والظَّاهرُ ما عنهما، وبظاهرِ الروايةِ يفتى، كما في أكثرِ الكتب.

[٣]قوله: **ويلزمُه**؛ أي الكفيلُ في الكفالةِ بالنفسِ إحضارُ المكفولِ به وهو النفسُ إن طلبَ المكفولُ له، وهو المدّعي؛ لأنّه إلتزمَه بالشّرطِ في الكفالة، فيجبُ عليه الوفاء،

---

(١) في «سنن أبي داود»(٣: ١٢٣)، و«سنن النسائي»(٤: ٧٧)، و«سنن ابن ماجة»(١: ١٧)، وغيرها.

(٢) «رد المحتار»(٤: ٢٥٣).

(٣) يوسف: ٧٢.

وإن عيَّنَ وقتَ التَّسليم لزمَهُ ذلك[١].

ويبرأُ:

١. بموتِ مَن كفلَ به[٢]

فإن لم يحضره: أي فإن لم يحضر الكفيلُ المكفولَ به بعد الطلبِ بغيرِ عَجْز، حبسَهُ الحاكم؛ لامتناعِهِ عن إيفاءِ ما وجبَ عليه.

وفي «الخزانة»: إذا كان مقرّاً بالكفالةِ لا يحبسُهُ أوَّل مرَّة، وإنّما يحبسُ بعد الدفع مرَّتين أو ثلاثَ مرَّات، وإن كان منكراً وقامت البيِّنة، أو نكلَ عن الحلفِ عند القاضي يحبسُهُ في أوَّل مرَّة، كذا في عامَّةِ الحقوق، ذكره البِرْجَنْدِيُّ في «شرح النُّقاية».

وهكذا في «البَزَّازية»[١]، ولو غابَ المكفولُ بنفسِهِ أمهلَه الحاكمُ مدَّةَ ذهابِهِ ومجيئه، فإن مضتْ ولم يحضرْه يحبسُهُ لتحقق امتناعه عن إيفاءِ الحق، كذا في «الهداية»[٢].

[١]قوله: لزمه ذلك؛ أي لزمَ الكفيلَ إحضار المكفول به في ذلك الوقت، إذا طلبَ المكفولُ له في ذلك الوقتِ أو بعده؛ لأنّه التزمه كذلك، فإن سلَّمَهُ إليه قبل مجيءِ ذلك الوقتِ برئَ الكفيل، وإن لم يقبلْه المكفولُ له؛ لأنّه ما التزمَ تسليمَهُ إلا مرّة، وقد أتى به.

وفي «المنح»[٣]: إذا كفلَ إلى ثلاثةِ أيَّام كان كفيلاً بعد الثلاثة، ولا يطالبُ في الحالِ في ظاهرِ الرِّواية، وبه يفتى. انتهى. وزيادةُ التفصيلِ في «البحر»[٤].

[٢]قوله: ويبرأ بموتِ مَن كفل به؛ أي يبرأ الكفيلُ بموتِ المكفولِ به؛ لحصولِ العجزِ الكليِّ عن تسليمِ المطلوبِ من الكفيل، وورثته لم يكلِّفوهُ شيئا، وإنّما يخلفونَه فيما له، لا فيما عليه، ولا تبقى الكفالةُ باعتبارِ تركتِه؛ لامتناع استيفاء النفسِ من المالِ بخلافِ الكفالةِ في المال.

---

(١) «الفتاوى البزازية»(٦: ٢).

(٢) «الهداية»(٣: ٨٧).

(٣) «منح الغفار»(ق٢: ٧٩/أ).

(٤) «البحر الرائق»(٦: ٢٢٧).

ولو أنّه عبدٌ، وبدفعِهِ إلى مَن كفلَ له حيث يُمْكِنُهُ مخاصمتُه، وإن لم يقلْ إذا دفعتُ إليك فأنا بريءٌ، فإن شَرْطَ تسليمَهُ في مجلسِ القاضي، وسَلَّمَهُ في السُّوقِ، أو في مصرٍ آخر برئ

ولو أنّه عبدٌ[١])؛ وإنّما قال هذا دفعاً لتوهُّمِ أنَّ العبدَ مال، فإذا تعذَّرَ تسليمُهُ لزمَهُ قيمتُه.

٢. (**وبدفعِهِ**[٢] **إلى مَن كفلَ له حيث يُمْكِنُهُ مخاصمتُه، وإن لم يقلْ إذا دفعتُ إليك فأنا بريءٌ، فإن شَرْطَ تسليمَهُ في مجلسِ القاضي، وسَلَّمَهُ في السُّوقِ، أو في مصرٍ آخر برئ**[٣]

واعلم أن المصنّف ﷺ تبعَ صاحبَ «الهداية»(١) في بطلانها بموتِ الكفيل، واختاروه في أكثرِ المتون، لكن ذكرَ في «السراج الوهَّاج» أنّه في «مختصرِ الكَرْخيّ» في «بابِ الصلح عن الحقوق التي ليست بمالٍ»: أنّها لا تبطلُ بموتِ الكفيل، ويطالبُ وارثُهُ بإحضارِه. انتهى.

[١]قوله: ولو أنّه عبد؛ وهذا إذا كان على العبدِ مالٌ مطالبٌ به، وكَفِلَ بنفسِهِ رجل، أمّا إذا كان المدَّعي به نفسُ العبدِ لا يبرأ، صرَّح به في «الخلاصة»، حيث قال: لو كَفِلَ بنفسِ عبدٍ فماتَ العبدُ برئ الكفيلُ إن كان المدَّعى به المالُ على العبد، وإن كان المدَّعى به نفسُ العبدِ لا يبرأ، وضمنَ قيمتَه. انتهى.

[٢]قوله: وبدفعه...الخ؛ أي إذا دفعَ الكفيلُ المكفولَ به إلى المكفولِ له حيث يمكنُهُ مخاصمتُهُ برئ الكفيلُ بالنفس، وإن لم يقل: إذا دفعتُه إليكَ فأنا بريءٌ؛ لأنَّ موجبَ الدفعِ إليه البراءة، فتثبت، وإن لم ينصَّ عليها، كالمديون إذا سلَّم الدّين، والغاصبُ إذا سلَّم المغصوب، والبائعُ إذا سلَّم المبيع.

ثمَّ لا يخلو إمّا أن يسلِّمه بعد طلبِهِ أو لا؛ فإن كان بعد طلبِهِ برئ، وإن كان لم يقل: سلَّمتُهُ إليك بحكمِ الكفالة؛ لأنّه يتضمَّنُ إعادةَ قولِ الطالب، وإن سلَّمه بغيرِ طلبٍ لم يبرأ حتى يقول: سلَّمتُهُ إليك بجهة الكفالة، والمرادُ بالدفع هاهنا: التخليةُ بينه وبين الخصم، وذلك برفع الموانع، فيقول: هذا خصمُك فخذه إن شئت.

[٣]قوله: برئ؛ لحصولِ المقصود، فإنَّ المقصودَ من التسليمِ في مجلسِ القاضي

---

(١) «الهداية»(٣: ٨٨).

إمكانُ الخصومةِ واستخراجُ الحقِّ بإثباتِ حقِّهِ عليه، وهذا الإمكانُ حاصلٌ من تسلُّمهُ في مكانٍ آخر.

وقال شمسُ الأئمّة السرخسيّ: في زماننا لا يبرؤ إذا شرطَ التسليمَ في مجلسِ القضاءِ بالتسليمِ في مكانٍ آخر؛ لأنَّ الظّاهرَ أنّه لا يعاونُهُ أحد من أهلِ الطريقِ والسوقِ على إحضارِ المكفولِ به في مجلسِ القاضي، بل يعاونونه على الامتناع؛ لغلبةِ الفسّاقِ والمفسدين، وقيل: يجبُ أن يفتى بذلك، كذا في «الفتح»[1].

وفي «الملتقى»[2]: والمختارُ في زماننا أنّه لا يبرأ. انتهى. أي سواءٌ كان التسليمُ في سوقِ ذلك المصرِ أو في سوقِ مصرٍ آخر.

وفي «المنح»[3]: وهو قولُ زفر ﷺ، وبه يفتى في زماننا؛ لتهاونِ النّاسِ في إقامةِ الحقّ، ومحلُّ الاختلافِ في بلدٍ لم يعتادوا نزعَ الغريمِ من يد الخصم. كذا في «البحر»[4] نقلاً عن «التاتارخانية»، وهذه إحدى المسائلُ التي يفتى فيها بقولِ زفرَ رحمه الله ﷻ. انتهى.

وأمّا إذا سلَّمَه في مصرٍ آخر غير المصر الذي كَفِلَ فيه، فقد برئ عند الإمام؛ للقدرة على المخاصمة في ذلك المصر، فإنَّ المحاكمةَ تتحقَّقُ عند كلِّ قاضٍ، فصار التسليمُ في البلدانِ سواء، وعندهما: لا يبرؤ؛ لأنّه قد يكونُ شهودُهُ فيما عينه فيتعسَّرُ عليه إقامةُ البيّنة في بلدٍ آخر.

وقيل: اختلافُ عصرٍ وزمان، فإنّ أبا حنيفة ﷺ كان في الثاني، وقد شهدَ رسولُ اللهِ ﷺ لأهله بالصّدق، فكانت الغلبةُ لأهلِ الصلاح، والقضاةُ لا يرغبونَ إلى الرّشوة، وعاملُ كلِّ مصرٍ منقادٌ لأمرِ الخليفة، فلا يقعُ التفاوتُ بالتّسليمِ إليه في ذلك المصرِ أو في مصرٍ آخر.

---

(١) «فتح القدير»(٦: ٢٨٩).

(٢) «ملتقى الأبحر»(ص١٢٤).

(٣) «منح الغفار»(ق٢: ٧٩/أ - ب).

(٤) «البحر الرائق»(٦: ٢٢٩).

وإن سَلَّم في بريةٍ، أو في السَّواد، أو في السِّجنِ، وقد حبسَهُ غيره لا

وإن سَلَّم في بريةٍ، أو في السَّواد، أو في السِّجنِ، وقد حبسَهُ غيره لا[1]): قيل: في زماننا لا يبرؤ بتسليمِهِ في السوق؛ لأنَّه لا يعاونه أحدٌ على إحضارِهِ في مجلس القضاء، فعلى هذا إن سلَّمَهُ في مصرٍ آخر إنَّما يَبْرَؤ إذا سلَّمَهُ في موضعٍ يقدِرُ على إحضارِهِ في مجلسِ القاضي، حتَّى لو سلَّمَهُ في سوقِ مصرٍ آخرَ لا يَبْرَؤ في زمانِنا؛ لعدمِ حصولِ المقصود.

وقولُهُ: وقد حبسَهُ غيرُهُ؛ أي غيرُ هذا الطالب، قيل[2]: إنَّما لا يَبْرؤ هاهنا إذا كان السِّجنُ سجنَ قاضٍ آخرَ، أمَّا لو كان السجنُ سجنَ هذا القاضي يَبْرؤ، وإن كان حبسَهُ غيرُ هذا الطَّالب؛ لأنَّ القاضي قادرٌ على إحضاره من سجنِه.

ثمَّ تغير الحالُ بعد ذلك في زمانِ أبي يوسفَ ﷺ، ومحمَّدٍ ﷺ فظهرَ الفساد، والميلُ من القضاةِ إلى أخذِ الرشوه، فيتقيَّدُ التسليمَ بالمصرِ الذي كَفِلَ له فيه دفعاً للضَّررِ عن الطالب، كذا في «العناية»(١).

[١]قوله: لا؛ أي لا يبرؤ، أمّا في صورةِ التسليمِ في البرية؛ فلأنَّ المكفولَ له لا يقدرُ على المخاصمةِ في تلك البرية، فلم يحصلْ المقصود.

وأمَّا في صورةِ التسليمِ في السواد؛ فلعدمِ قاضٍ يفصلُ فيهز

وأمَّا في صورةِ التسليمِ في السجن، وقد حبسه القاضي لأجلِ غيرِ الطالب؛ فلأنَّه لا يقدرُ على المخاصمة في السجن، فإنّ الغرضَ من التسليمِ تمكُّنه من إحضارِهِ بمجلسِ الحكم؛ ليثبتَ عليه حقّه، وذا لا يتأتّى إذا كان محبوساً، وفيه تفصيلٌ آخر، كما سيأتي إن شاء الله جَلَّاللهُ.

[٢]قوله: قيل...الخ؛ في «شرح المجمع»: لو سلمَ في السجنِ وقد حبسَهُ غير الطالبِ لا يبرؤ؛ لأنّه لا يتمكَّنُ من إحضارِهِ مجلسَ الحكم. وفي «المحيط»: هذا إذا كان السجنُ سجنَ قاضٍ آخرَ في بلدٍ آخر، أمّا لو كان سجنُ هذا القاضي أو سجنُ أميرِ البلدِ في هذا المصرِ يبرؤ، وإن كان قد حبسَهُ غيرُ الطَّالب؛ لأنَّ سجنَهُ في يدِه فيخلّي سبيلَه حتى يجيبَ خصمَه ثمَّ يعيدَه إلى السجن. انتهى.

---

(١) «العناية»(٦: ٢٨٨).

وبتسليمِ مَن كفل به نفسَهُ من كفالتهوبتسليم وكيلِ الكفيلِ ورسولِهِ إليه ، ولو ماتَ المكفولُ له فللوصيِّ والوارثِ مطالبتُهُ به

٣.(**وبتسليمِ**[١] **مَن كفل به نفسَهُ من كفالته**[٢]) : أي بتسليمِ المكفولِ به نفسه من كفالةِ الكفيل.

٤. (**وبتسليم وكيلِ الكفيلِ ورسولِهِ إليه**)، إليه : مُتعلّق بالتَّسليم ، والضَّميرُ يرجعُ إلى المكفولِ له. (**ولو ماتَ**[٣] **المكفولُ له فللوصيِّ والوارثِ مطالبتُهُ به**) : أي مطالبةُ الكفيلِ بالمكفول به

وفي «البحر»(١) عن «البَزَّازية»(٢) : ولو ضمنَ وهو محبوسٌ فسلَّمه فيه يبرؤ ، ولو أطلقَ ثمَّ حبس ثانياً فدفعَه إليه ، فيه أنَّ الحبسُ الثاني في أمورِ التجارةِ ونحوها صحَّ الدفع ، وإن في أمورِ السُّلطانِ ونحوها لا.

[١]قوله : **وبتسليم**... الخ ؛ أي يبرؤ الكفيلُ إذا سلَّم المكفول به نفسه ، وهذا إذا كانت الكفالةُ بأمرِ المطلوب ، أمّا إذا كانت بغير أمرِه فلا يبرؤ ، والوجه فيه ظاهر ؛ لأنَّ الكفالةَ إذا كانت بغيرِ أمرِه لا يلزمُ المطلوب الحضور ، فليس مطالباً بالتسليم ، فإذا سلَّم نفسَه لا يبرؤ الكفيل. كذا في «النهر».

وحينئذٍ لا مطالبةَ للكفيل عليه ، إلا أن يجده فيسلّمه فيبرؤ ولا يأثم المطلوبُ بعدمِ تمكينه ، فله الهربُ بخلافِ ما إذا كان بأمره ، كذا في «حاشية شيخنا الطحطاوي على الدر المختار»(٣).

[٢]قوله : **من كفالته** ؛ هذا قيدٌ في الجميع ، يعني لا يبرؤ الكفيلُ حتى يقول المكفول : سلمتُ نفسي إليكَ من الكفالة ، والوكيلُ والرسولُ كالمكفول لا بُدّ من التسليم عنها ، وإلاَّ لا يبرؤ ، كذا في «المنح»(٤).

ولا يخفى عليك أن المصنِّفَ ﷺ جعل هذا القيدَ خاصّاً بتسليمِ المكفولِ له نفسه ، والحالُ أنّه قيدٌ في الجميع ، فلو أخّر هذا القيد لكان أولى.

[٣]قوله : **ولو مات المكفولُ له**...الخ ؛ يعني إذا ماتَ المكفولُ له لم تبطل الكفالةُ

---

(١) «البحر الرائق»(٦ : ٢٢٩).

(٢) «الفتاوى البزازية»(٦ : ١٧).

(٣) «حاشية الطحطاوي على الدر»(٣: ١٤٨).

(٤) «منح الغفار»(ق٢ : ٧٩/ب).

فإن كفلَ بنفسِهِ على أنّه إن لم يواف به غداً، فهو ضامنٌ لِما عليه

(فإن كفلَ بنفسِهِ على أنّه إن لم يواف[1] به غداً): أي أن يأتِي به غداً، **(فهو ضامنٌ لِما عليه[2])**

بل للوصي أن يطالبَ الكفيل، إن لم يكن الوصي فلوارثه المطالبة؛ لأنَّ كلَّ واحدٍ من الوصيّ والوارثِ قائمٌ مقامَ الميت، فلو سلَّمه إلى أحدٍ من الورثة أو الوصيين خاصّة، فللباقي المطالبةُ بإحضاره.

فإنَّ حقَّ المطالبةِ ثابتٌ لكلِّ واحدٍ من الورثة، فإذا استوفَى أحدُهم حقَّه لا يسقطُ حقُّ الباقين؛ لأنّ له استيفاءُ حقِّه فقط، وإنّما قامَ مقامَ الباقين في إثباتِ حقِّهم، فلا يشكلُ عليه قولهم: إنَّ أحدَ الورثةِ ينتصبُ خصماً للميّتِ في ماله، وعليه قيل: يبرؤ الكفيلُ بموتِ الطالب، والمذهبُ هو الأوّل، كذا صرَّحَ به في «الدرِّ المختار»(١)، وغيره.

[١]قوله: **إن لم يواف**؛ قيَّد بعدمِ الموافاةِ للاحترازِ عمّا في «البَزّازيّة»(٢): كفلَ بنفسِهِ على أنّه متى طالبَه سلّمه، فإن لم يسلّمه فعليه ما عليه، وماتَ المطلوبُ وطالبَه بالتسليم وقد عجزَ لا يلزمُهُ المال؛ لأنَّ المطالبةَ بالتسليمِ بعد الموتِ لا تصحّ، فإذا لم تصحّ المطالبةُ لم يتحقَّقْ العجزُ الموجبُ للزومِ المال، فلم يجب، كذا في «البحر»(٣).

[٢]قوله: **لما عليه**؛ أشار إلى أنّه لا يشترطُ تعيينُ قدرِ المال، وقيّدَ بقولِه: لما عليه؛ لأنّه لو قال: فالمالُ الذي لك على فلانٍ رجلٌ أخر، وهو ألفُ درهمٍ فهو عليّ، جازَ في قولِ أبي يوسف ﷺ.

وقال محمّد ﷺ: الكفالةُ بالنفسِ جائزة، والكفالةُ بالمالِ باطلة؛ لأنّه مخاطرةٌ إذا كان المالُ على غيره، وإنّما يجوزُ إذا كان المالُ عليه استحساناً، ولو كفلَ بنفسِ رجلٍ للطالبِ عليه مال، فلزمَ الطالبُ الكفيل، وأخذَ منه كفيلاً بنفسِهِ على أنّه إن لم يوافِ به فالمالُ الذي على المكفولِ به الأوّل عليه، جازَ وليس هذا كالذي عليه مالٌ ولم يكفلْ به أحد، كذا في «رد المحتار»(٤) نقلاً عن «كافي الحاكم».

---

(١) «الدر المختار»(٤: ٢٥٧).

(٢) «الفتاوى البزازية»(٦: ١٨).

(٣) «البحر الرائق»(٦: ٢٣٢).

(٤) «رد المحتار»(٤: ٢٥٨).

ولم يسلمْهُ غداً لزمَهُ ما عليه، ولم يبرأْ من كفالتِهِ بالنَّفسِ، وإن ماتَ المكفولُ عنه ضَمِنَ المال

ولم يسلمْهُ غداً[١] **لزمَهُ ما عليه)**: خلافاً للشَّافِعِيِّ ﷺ، له[٢] أنَّه إيجابُ المالِ بالشَّرط، فلا يجوزُ كالبيعِ. قلنا[٣]: إنَّه يشبه البيعَ ويشبه النَّذرَ، فإن علَّقَ بشرطٍ غير ملائمٍ لا يصحُّ، وبملائم يصحُّ عملاً بالشَّبَهين، **(ولم يبرأْ من كفالتِهِ بالنَّفسِ)** لعدمِ سببِ البراءة، بل إنَّما يبرؤ إذا أدَّى المالَ؛ لأنَّه لم يبقَ للطالبِ على المكفولِ عنه شيءٌ، فلا فائدةَ في الكفالةِ بالنَّفس. **(وإن ماتَ المكفولُ عنه**[٤] **ضَمِنَ المال)**

[١]قوله: **ولم يسلّمه غداً**؛ مع قدرتِهِ عليه، فلو عجزَ بحبسٍ أو مرضٍ لم يلزمْه المالُ إلا إذا عجزَ بموتِ المطلوبِ أو جنونه، كذا في «الدر المختار»(١).

[٢]قوله: **له أنّه**...الخ؛ حاصلُهُ أنّ الكفالةَ بالمالِ إيجابُ المالِ بالشرط، وهو أمرٌ متردّدٌ قد يكونُ وقد لا يكون، وهو عدمُ الموافاةِ إلى وقتِ كذا، فينبغي أن لا يجوزَ كالبيع، وبه قال مالك ﷺ.

[٣]قوله: **قلنا إنّه**...الخ؛ حاصلُهُ: إنَّ الكفالةَ بالمالِ يشبه البيعُ انتهاءً، باعتبارِ رجوعِ الكفيلِ على الأصيلِ بما أدّى عنه إذا كان بأمرِه، فصارَ مبادلةُ المالِ بالمال، ويشبهُ النَّذرَ ابتداءً باعتبارِ الالتزام، إذ لا يقابلُهُ شيء.

فقلنا: إن كان تعليقُ الكفالةِ بشرطٍ غير ملائم؛ كهبوبِ الريحِ ونزولِ المطرِ ونحوِها، لا تصحُّ كالبيع، وإن كان بشرطٍ ملائمٍ متعارف؛ مثل: عدم الموافاةِ في وقتِ كذا، تصحُّ كالنذر، والتعليقُ بعدمِ الموافاةِ متعارف، فإنَّ النّاس تعارفوا تعليقَ الكفالةِ بالمال؛ لعدمِ الموافاةِ بالنفس.

ورغبتِهم في ذلك أكثرُ من رغبتِهم في مجرَّدِ الكفالةِ بالنفس، ولا نسلّم أنَّ هذا تعليقُ سببِ وجوبِ المالِ بأمرٍ متردد، وقد يكونُ وقد لا يكون، حتى لا يجوزَ كالبيع، بل إنّما هو تعليقُ وجوبِ المطالبة.

[٤]قوله: **المكفول عنه**؛ اللام للعهد، والمعهودُ هو المكفولُ بنفسِه الذي شرطَ كفيلُهُ أنّه إن لم يوافِ به غداً فعليه ما عليه من المال، كذا في «كمال الدراية»(٢).

---

(١) «الدر المختار»(٤: ٢٥٨).

(٢) «كمال الدراية»(ق٤٩٨).

ومَنِ ادَّعى على رجل مالاً بيَّنَه أو لا ، فكفلَ بنفسِهِ آخرُ على أنَّه إن لم يوافِ به غداً ، فعليه المالُ صحَّت ، ويجبُ عند الشرطِ

لوجودِ الشَّرط[١] ، وهو عدم الموافاة.

(ومَنِ ادَّعى على رجل مالاً بيَّنَه أو لا ، فكفلَ بنفسِهِ آخرُ على أنَّه إن لم يوافِ به غداً ، فعليه المالُ صحَّت ، ويجبُ عند الشرطِ) : صورةُ المسألةِ ادَّعى رجلٌ على آخر مئة دينار[٢] ، فكفلَ بنفسِهِ رجلٌ على أنَّه إن لم يوافِ به غداً ، فعليه المئة.

فقولُهُ : مالاً : أي مالاً مقدَّراً.

وقولُهُ : بيَّنَهُ أوَّلاً : أي بيَّنَ صفتَهُ على وجهٍ تصحُّ الدَّعوى ، أو لم يُبيِّن.

وفي المسألةِ خلافُ[٣] محمّدٍ ﷺ.

[١]قوله : **لوجودِ الشرط** ؛ وهو عدمُ الموافاةِ وموتُ المطلوب ، وإن أبطلَ الكفالة ، فإنّما هو في حقِّ تسليمِهِ إلى الطالب ، لا في حقِّ المال. ذكره شيخنا العلاّمه الطحطاوي(١).

[٢]قوله : **مئة دينار** ؛ ولا فرقَ بين أن يبيِّن المئةَ أو لم يبيِّنها ، بأن ادَّعى رجلٌ على رجلٍ فقال : لي عليك حقّ ، ولم يدَّعِ عليه مالاً مقدَّراً ، فقال له رجلٌ آخر : دعه فأنّا كفيلٌ بنفسِه ، فإن لم أوفك به غداً فعليَّ مئةُ دينار ، فادَّعى المدَّعي وأثبتها ، صرَّح به العلامةُ العَيْنِيُّ(٢) ، والزَّيْلَعِيُّ(٣) ، وغيرهما.

[٣]قوله : **وفي المسألةِ خلافُ محمَّد ﷺ**...الخ ؛ تقريرُهُ أنَّ لمحمَّدٍ ﷺ في هذه المسألة وجهين :

أحدهما : ما قاله العلامةُ أبو منصورٍ الماتريديّ ﷺ وهو أنَّ الكفيلَ علَّقَ مالاً مطلقاً بأمرٍ متردّدٍ قد يكون وقد لا يكون ، حيث لم يقل : عليَّ المئةُ التي على المدَّعى عليه ، ولم ينسبْهُ إلى ما على المكفولِ عنه ، فكانت هذه رشوة التزمَها الكفيل له عند عدمِ الموافاةِ به ، فهذا يوجبُ أن لا يصحّ ، وإن بيَّنها المدَّعي ؛ لأنَّ عدمَ النسبةِ إليه هو الذي أوجب البطلان.

(١) في «حاشية الدر المختار»(٣ : ١٤٩).

(٢) في «رمز الحقائق»(٢ : ٧٢).

(٣) في «التبيين»(٤ : ١٥١).

....

فقيل: عدمُ الجوازِ عنده مبنيٌّ على أنَّه قال: فعليه المئة، ولم يقلْ المئة التي على المدَّعى عليه، فعلى هذا إن بيَّنَ المدَّعي المئة لا يكونُ كفالة عنده صحيحاً أيضاً، كما إذا لم يُبيِّنْ إلاَّ أن يقول: فعليه المئة التي يدَّعيها.

وقيل: إنَّه مبنيٌّ على أنَّه لَمَّا لم يُبيِّن لم يصحَّ الدَّعوى، فلم يستوجبْ إحضارَه إلى مجلسِ القاضي، فلم يصحَّ الكفالةُ بالنفسِ، ولا يجوز الكفالةُ بالمال، فعلى هذا إن بيَّن يكون الكفالةُ صحيحة.

ولهما[1]: أنَّه قال: فعليه المئة[2]، أو عليه المال، فيرادُ به المعهودَ، فإن بيَّنَ المدَّعي فظاهرٌ، وإن لم يبيِّن فبعد ذلك، إذا بيَّنَ التحقَ البيانُ بأصلِ الدَّعوى، فتبيَّنَ صحَّة الكفالةِ بالنَّفسِ، فيترتبُ عليها الكفالةُ بالمال.

والثاني: ما قالَه الشيخ أبو الحسنِ الكَرْخيُّ ﷺ: وهو أنَّ المدَّعي لَمَّا لم يبيِّن مالاً مقدَّراً لم يستوجبْ إحضارُهُ إلى مجلسِ القاضي؛ لفسادِ الدعوى، فلا تصحُّ الكفالةُ بالنفس؛ لعدمِ صحَّةِ الدعوى، ولا تصحُّ الكفالةُ بالمالِ أيضاً؛ لأنّها مبنيّة على الكفالةِ بالنفس، فإذا بطلَ الأصلُ بطلَ الفرع، وهذا الوجهُ يوجبُ أن تصحَّ الكفالةُ إذا بيَّنَ المالَ عند الدّعوى.

[1]قوله: ولهما...الخ؛ تحريرُهُ: إنّ هذه كفالةٌ أمكنَ تصحيحها فتصحّ، أمّا إذا بيَّنَ المالَ عند الدَّعوى فظاهرٌ أنّه ذكرَ معرَّفاً باللاَّم، وقال: فعليه المئة، فينصرفُ إلى ما على المدَّعى عليه بجعلِ اللام للعهد، فكانت النسبةُ موجودة، فخرجَ المالُ عن كونِهِ رشوة، فيلزمُ وتصحُّ الكفالة.

وأمّا إذا لم يُبيِّن؛ فلأنَّ العادةَ جرت بالإيهامِ في الدَّعاوي في غيرِ مجلسِ القضاء، فيحملونُها إجمالاً، ولا يبيِّنونها إلاَّ عند القاضي دفعاً لحيلِ الخصوم، وصوناً لكلامهم إلى وقتِ الحاجة، فصحّت الدّعوى، والملازمةُ على احتمالِ البيانِ من جهته، فإذا بيَّنَ انصرفَ بيانُهُ إلى ابتداءِ الدَّعوى، فظهرَ به أنَّ الكفالةَ بالنفسِ قد صحَّت، فتصحُّ الكفالةُ بالمالِ أيضاً؛ لأنّها مبنيّة عليها، ولأنّه لو جعلَ التزاماً عليه تصحُّ وإلا فلا، فيحملُ عليه تصحيحاً لتصرُّفه.

[2]قوله: المئة؛ وذكرَ في «الجامع الصغير»(1) وغيره منكراً فلا تستقيم هذه النكتة على هذا الوجه.

---

(1) «الجامع الصغير»(ص٣٧١).

ولا جبرَ على إعطاء الكفيلِ في حدٍّ وقصاصٍ ولو سمحَتْ نفسُهُ صحَّ

(ولا جبرَ[١] **على إعطاء الكفيلِ في حدٍّ وقصاصٍ)**، هذا عند أبي حنيفةَ ﷺ، وعندهما يُجْبَرُ[٢] في حدِّ القذفِ؛ لأنَّ[٣] فيه حقُّ العبدِ، وفي القصاصِ؛ لأنَّه خالصُ حقِّ العبدِ، ولأبي حنيفةَ ﷺ أن مبناهما[٤] على الدرء، فلا يجبُ فيهما الاستيثاق، **(ولو سمحَتْ نفسُهُ صحَّ)**: أي لو سمحَتْ نفسُ مَن عليه الحدُّ، أو القصاصُ فأعطى كفيلاً بالنَّفس صحَّ[٥].

[١]قوله: **ولا جبر...الخ**؛ تصويرُ المسألة: أنّه لو طلبَ مدّعي القصاصَ أو حدِّ القذفِ من القاضي أن يأخذَه كفيلاً لنفسِ المدَّعى عليه حتى يحضرَ البيِّنة، فالقاضي لا يجبرُهُ على إعطاءِ الكفيلِ كسائرِ الحدودِ عند الإمام.

[٢]قوله: **يجبر**؛ أي المدَّعى عليه على إعطاءِ الكفيل، ونقلَ صاحب «الكفاية»(١) عن «الفوائد الظّهيرية»: إنّه ليس تفسيرُ الجبرِ هاهنا الحبس، لكن يأمرُهُ بالملازمة، وليس تفسيرُ الملازمةِ المنعُ من الذَّهاب؛ لأنّه حبس.

لكن يذهبُ الطالبُ مع المطلوب، فيدورُ معه أينما دار، كيلا يتغيّب، وإذا انتهى إلى بابِ دارِهِ وأرادَ الدخولَ يستأذنُهُ الطالبُ في الدخول، فإن أذنَ له يدخلُ معه، ويسكنُ حيث سكن، وإن لم يأذن له يجبسُهُ في بابِ داره ويمنعُهُ من الدخول.

[٣]قوله: **لأنّ...الخ**؛ توضيحُ الاستدلالِ على الجبرِ في حدِّ القذفِ والقصاصِ أنّ الكفالةَ بالنفسِ مشروعة، وتسليمُ النَّفسِ واجبٌ على الأصيلِ في دعوى الحدِّ والقصاص، فصحَّتِ الكفالةُ بها فيهما كما في دعوى المال.

بخلافِ الحدودِ الخالصةِ لله ﷻ؛ لأنَّ الكفالةَ شرعتْ وثيقةً لنا، كيلا يفوت حقّنا، واللهُ ﷻ غنيٌّ عن ذلك وبخلافِ نفسِ الحدّ أو القصاص؛ لأنّه لا يمكنُ استيفاؤه من الكفيل.

[٤]قوله: **إن مبناهما...الخ**؛ حاصله: إنَّ الكفالةَ وضعت للاستيثاق، ومبناهما على الدَّرء، فالإجبارُ على إعطاءِ الكفيلِ فيها يفضي إلى فسادِ الوضع، بخلافِ سائرِ الحقوق؛ لأنّها لا تسقطُ بالشبهات.

[٥]قوله: **صحّ**؛ بالإجماع لأنَّ تسليمَ النفسِ مستحقٌّ على الأصيل، فتصحُّ

(١) «الكفالة»(٦: ٢٩٥).

ولا حبسَ فيهما حتَّى يشهدَ مستوران أو عدلٌ

(**ولا حبسَ فيهما حتَّى يشهدَ مستوران أو عدلٌ**[1]) : لما ذُكِرَ أنَّه لا جبرَ على الكفالةِ عند أبي حنيفةَ ﷺ[2]. ذَكَرَ ماذا يصنعُ صاحبُ الحقّ، فعنده يلازمُهُ إلى وقتِ قيامِ القاضي عن المجلس، فإن أحضرَ البيِّنةَ فيها، وإن أقامَ مستورينِ أو شاهداً عدلاً لا يكفلُ عند أبي حنيفة ﷺ، بل يحبسُهُ[3]

الكفالةُ به بخلافِ غيرهما من الحدود، وألحقَ التُّمُرْتَاشِيُّ حدَّ السرقةِ بهما، وجعلَه من حقوقِ العباد؛ لكونِ الدعوى فيه شرطاً بخلافِ غيرِه؛ لعدمِ اشتراطها فيه، كذا في «البحر»(1)، وإن شئتَ التفصيلَ فارجع إليه وإلى «الكافي».

[1]قوله: **أو عدل**؛ أي شاهدٌ عادلٌ يعرفُ القاضي كونَه عادلاً، فلا يحتاجُ إلى تعديلِه، فإن كان مجهولاً لا يحبسه؛ لانعدامِ العددِ والعدالة، لا يقال: معنى الاحتياطِ في الحبسِ أكثرُ من أخذِ الكفيل.

لأنّا نقول: الحبسُ هاهنا لتهمةِ الفسادِ لا للإحتياط، فيحبسُ تعزيراً له، وشهادة المستورين وإن لم يصلحْ للحكم يصلحْ لإثباتِ التُّهمة، وخبرُ الواحدِ حجَّةٌ في الدِّيانات، فتثبتُ التهمةُ بشهادةِ العدل، وإن لم يثبتْ بها أصلُ الحقّ.

[2]قوله: **عند أبي حنيفة** ﷺ خلافاً لما في رواية، ففي هذه المسألة عنهما روايتان: في رواية: يحبسُ ولا يكفل، وفي رواية: يكفلُ ولا يحبس؛ لعدمِ ثبوتِ القذفِ والقودِ بالحجَّةِ التامّة، كذا في «مجمع الأنهر»(2).

[3]قوله: **بل يحبسه للتهمة**؛ أي لتهمةِ الفساد، والحبسُ بتهمةِ الفسادِ مشروعٌ لما روى عبد الرَّزَّاقِ في «مصنَّفه»: عن عراك بن مالك ﷺ قال: «أقبلَ رجلان من بني غفَّار، حتى نَزلا يضجعان من مياه المدينة، وعندهم ناسٌ من غطفان عندهم ظهرٌ لهم، فأصبحَ الغطفانيون وقد فقدوا بعيرين من إبلهم، فاتّهمُوا الغفّاريين، وأتوا بهما إلى رسولِ الله ﷺ فحبسَ أحدَ الغفّاريين، وقال للآخر: اذهب فالتمس، فلم يكُ إلاَّ يسيراً حتى جاءَ بهما.

---

(1) «البحر الرائق»(٦: ٢٣٤).

(2) «مجمع الأنهر»(٢: ١٣٠).

وصحَّ الرَّهنُ والكفالة بالخراج

للتُّهمةِ[١] حتَّى يتبيَّنَ الحقُّ، وإن لم يحضرْ شيئاً خلَّى سبيلَه.

(وصحَّ الرَّهنُ[٢] والكفالة بالخَراجِ[٣])(١)؛ لأنَّه[٤] دينٌ

فقال النَّبيُّ ﷺ لأحدِ الغفّاريين: استغفرْ لي، فقال: غفرَ الله لك يا رسول الله، فقال ﷺ: ولك، وقتلك في سبيله، فقتلَ يومَ اليمامة»(٢)، ذكرَهُ العلامةُ الطَّحْطَاويُّ(٣) ناقلاً عن الكمال(٤)، بخلافِ دعوى الأموالِ حيث لا يحبسُ فيه ما لم يثبتْ؛ لأنّه نهايةُ العقوبةِ فيه، فلا يثبتُ إلا بحجّة تامّة.

[١]قوله: للتُّهَمة؛ في «الصحاح»(٥) و«المغرب»(٦): التُّهَمةُ بالتحريك، وأصلُ التَّاءِ فيه واو، من وهمتُ الشيءَ أَهِمُه وهماً، من بابَ ضرب؛ أي وقعَ في خلدي، والوهمُ ما يقعُ في القلبِ من الخاطر، واتَّهَمتُ فلاناً بكذا، والاسمُ التُّهَمة بالتحريك.

أصلُه: أوتهمت، كما في اتَّكلت، أصله: اوتكلت، بمعنى اعتمدتُ، قلبتِ الواو ياءً؛ لانكسارِ ما قبلِها، ثمَّ أبدلتْ منها واو، وأدغمدت في تاءِ الافتعال، ذكره في «فتح القدير»(٧).

[٢]قوله: الرهن؛ إنّما تعرَّضَ لمسألةِ الرهنِ هاهنا؛ لجامعِ التوثيق بينه وبين الكفالة.

[٣]قوله: بالخراج؛ إنّما أوردَ الخراج؛ لأنّه في حكمِ الزكاةِ دون الديونِ المطلقة، ووجوبُهُ بحقِّ الشرعِ كالزَّكاة، فكان ينبغي أن لا يصحَّ الكفالةُ والرهنُ به، كذا في «النهاية».

[٤]قوله: لأنّه...الخ؛ هذا وجهُ صحَّةِ الكفالةِ به، فإنّ الكفالةَ تقتضي ديناً يطالبُ به، وأمّا وجهُ صحَّةِ الرهن به فإنّ الخراجَ ممكنُ الاستيفاء، فيصحُّ الرهنُ به؛ لأنَّ الرهنَ توثيقٌ لجانبِ الاستيفاء.

---

(١) أي الموظف؛ لأنه دين صحيح ممكن الاستيفاء. ينظر: «الدر المنتقى»(٢: ١٣٠).

(٢) في «الموطأ»(١٠: ٢١٦ - ٢١٧)، وغيره.

(٣) في «حاشيته على الدر المختار»(٣: ١٥٠).

(٤) في «فتح القدير»(٦: ٢٩٦)».

(٥) «الصحاح»(٢: ٧١٧).

(٦) «المغرب»(ص٤٩٨).

(٧) «فتح القدير»(٦: ٢٩٦ - ٢٩٧).

وأُخِذَ الكفيلُ بالنَّفس، ثُمَّ آخر وهما كفيلان، والكفالةُ بالمال تصحُّ

مطالبٌ[١] بخلافِ الزّكاةِ؛ لأنّها مجرَّدُ فعلٍ، وإنّما أوردَ هذه المسألةَ هاهنا، وإن كان الحقُّ أن تُذْكَرَ في الكفالةِ بالمال؛ لأنَّه في ذِكْرِ الكفالةِ بالنَّفسِ في الحدودِ والقصاصِ، وللخراجِ مناسبةٌ بالحدودِ لِمَا عُرِفَ في أصولِ الفقه: أن فيه معنى العقوبة(١)؛ فلهذه المناسبةِ أوردَها هاهنا لِيُعْلَمُ أن حكمَهُ حُكْمُ الأموالِ حتَّى يُجْبَرَ فيه على الكفالةِ بالنَّفسِ بناء على صحَّةِ الكفالةِ فيه.

(**وأُخِذَ الكفيلُ بالنَّفسِ، ثُمَّ آخر وهما كفيلانِ**): أي ليس[٢] أَخْذُ الكفيلِ الثَّاني تركاً للأوَّل.

(**والكفالةُ بالمال**[٣] **تصحُّ**[٤]

---

[١]قوله: **مطالب**؛ فيطالبُ به في الحياةِ وبعد المماتِ، فيمكن ترتيبُ موجبِ العقدِ عليه في الرهنِ والكفالة، فاحترزَ به عن الزَّكاة، فإنّها ليست بدينٍ حقيقة، بل هي عبارةٌ عن تمليكِ المالِ مبتدأ؛ ولذا لا يؤخذُ من تركتِهِ بعد موتِه، صرَّحَ به العلامةُ التُّمُرْتَاشِيُّ.

فلا يردُ عليها أنَّ دينَ الزكاةِ أيضاً مطالبٌ من جهةِ العباد، فإنَّ في الأموالِ الظاهرة يطالبُ الإمام، وفي الأموالِ الباطنةِ الملاَّك؛ لكونِهم نوّاباً عن الإمام.

[٢]قوله: **أي ليس...الخ**؛ لأنَّ حكمَ الكفالةِ استحقاقُ المطالبة، وهو يحتملُ التّعدّد، فالالتزامُ الأوّل لا يمنعُ الثاني، على أنّ المقصودَ منهما التوثيق، وأخذُ كفيلٍ آخر وآخر زيادةٌ في التوثّق، فصحَّتِ الثانيةُ مع بقاءِ الأوّل، وكذا الثالثةُ فما فوقها.

[٣]قوله: **والكفالةُ بالمال**؛ لَمَّا فرغَ عن مسائلِ أحد قسمي الكفالة، وهو الكفالةُ بالنفسِ شرعَ من مسائلِ ثاني قسميها، وهو الكفالةُ بالمال.

[٤]قوله: **تصحّ**؛ لأنَّ الكفالةَ مشروعةٌ في المال، وعليه إجماعُ الأمّة، وهي مبنيَّةٌ على التوسّع، فإنّها تبرُّعٌ ابتداءً، فيتحمَّلُ فيها جهالةُ المالِ بعد أن كان ديناً صحيحاً، ومن آثارِ التوسُّعِ فيها جوازُ شرطِ الخيارِ فيها أكثر من ثلاثةِ أيّامٍ. كما صرَّحوا به.

---

(١) لأن سببه الاشتغال بالزراعة، وهي الذُّلّ في الشريعة، وكل واحد منهما شُرِعَ مؤنةً لحفظِ الأرضِ وإنزالِها؛ ولذلك لا يبتدئُ على المسلم وجازَ البقاءُ عليه؛ لأنَّها لما تردَّد لا يجب بالشَّك ولم يبطل به. ينظر: «أصول البزدوي»(٤: ١٣٩)، «التوضيح»(٢: ٣٠٤)، وغيرهما.

وإن جُهِلَ المكفولُ به إذا صحَّ دينُهُ ، نحو : كفلتُ بما لَكَ عليه ، أو بما يدركك في هذا البيع

١. **(وإن جُهِلَ المكفولُ به**[1] **إذا صحَّ دينُهُ**[2]**)** : الدَّينُ الصحيحُ دينٌ لا يسقطُ إلا بالأداء أو الإبراءِ[3] ، وهو احترازٌ عن بدلِ الكتابةِ ، فإنَّه دينٌ غيرُ صحيحٍ ، إذ المولى لا يستوجبُ على عبدِهِ ديناً ، وهو يسقطُ بالعجز ، **(نحو : كفلتُ بما لَكَ عليه)** ، تصحُّ هذه الكفالةُ وإن كان المالُ المكفولُ به مجهولاً

٢. **(أو بما يدركك في هذا البيع)** ، هذا الضمانُ يسمَّى ضمانَ الدَّرَكِ وهو ضمانُ الاستحقاق[4] ، أي يضمنُ للمشتري برد الثَّمنِ إذا استحقَّ المبيعُ مستحقٌّ

[١]قوله : **وإن جهلَ المكفولَ به** ؛ أي المال ، وقيَّد بجهالتهِ للاحترازِ عن جهالةِ الأصيلِ أو المكفولِ له ، فإنّها مانعة ، إلاَّ إذا كانت يسيرةً في الأصيل ، نحو أن يقول : كفلت لكَ بما لك علي أحد هذين ، فيجوز ، والتَّعيينُ للمكفولِ له ؛ لأنّه صاحبُ الحقّ ، ولو جُهِلَ المكفولُ به من حيثُ كونِهِ نفساً أو مالاً لا يمنع ، فلو قال : كفلتُ بنفسِ رجل ، أو بما عليه ، جاز ، ويبرؤ بدفعِ واحدٍ منهما إلى الطالب ، ذكرَه العلامة الطَّحْطَاويّ(١) نقلاً عن «البدائع»(٢) ، وهكذا في «الكافي» ، وغيره.

[٢]قوله : **إذا صحَّ دينه** ؛ إلاَّ إذا كان الدينُ مشتركاً ، فكفلَ أحدُهما حصَّةَ صاحبِهِ فإنّه لا يجوزُ لتعذُّرِ تصحيحها بنصفٍ معيَّن ؛ لأنَّ قسمةَ الدينِ قبل قبضِهِ لا يجوزُ أيضاً ، فإنّه يصيرُ كفيلاً بنفسِه ؛ لأنّ له أن يأخذَ من المقبوضِ نصفه ، كذا في «المحيط».

وإلاَّ في مسألةِ النفقةِ المقرَّرةِ فتصحّ ، مع أنّها تسقطُ بموتٍ وطلاق ، كذا في «الأشباه والنظائر»(٣) ، وهذا إذا كانت غيرُ مستدانةٍ بأمرِ القاضي ، وإلاَّ فهيَ دينٌ صحيحٌ لا يسقطُ إلا بالقضاءِ أو الإبراء. كما صرَّحوا به وغيره.

[٣]قوله : **أو الإبراء** ؛ ولو حكماً بفعلٍ يلزمُهُ سقوطُ الدَّين ، فيسقطُ دينُ المهرِ بمطاوعتها لابنِ الزَّوجِ للإبراءِ الحكميّ ؛ لأن تعمدها ذلك قبل الدُّخول مسقطٌ لمهرها ، فكأنّها أبرأته منه ، وإن شئتَ زيادةَ التفصيلِ فارجعْ إلى «ردِّ المحتار»(٤).

[٤]قوله : **وهو ضمانِ الاستحقاق** ؛ أي ضمانِ الثمنِ عند استحقاقِ المبيع ،

---

(١) في «حاشيته على الدر المختار»(٣: ١٩٠).
(٢) «بدائع الصنائع»(٦ : ٩).
(٣) «الأشباه والنظائر»(ص٢٥٦).
(٤) «رد المحتار»(٤ : ٢٦٣).

أو علَّقَ الكفالةَ بشرطٍ ملائمٍ، نحو: ما بايعت فلاناً، أو ما ذاب لك عليه، أو ما غصبَك فعلي

٣. (**أو علَّقَ الكفالةَ بشرطٍ ملائمٍ**[1]، **نحو: ما بايعت فلاناً**[2](١)، **أو ما ذاب لك عليه، أو ما غصبَك فعلي**): ما ذابَ: أي ما وَجَبَ، ففي هذه الصُّورة: ما؛ شرطيّةٌ معناهُ إن بايعتَ فلاناً، فيكون في معنى التَّعليق، وعنى بالملائمِ: المناسبِ، فإنَّ هذه الأشياءَ أسبابٌ لوجوبِ المال، فيناسبُ ضمَّ الذّمةِ إلى الذّمة.

فقولُهُ: ما بايعت فلاناً: أي ما بايعتُ منه

أو ضمانِ المبيعِ إن لحقَهُ آفة، فالمكفولُ به مجهول؛ لاحتمالِ استحقاقِ الكلِّ أو البعض، فيضمنُ الكفيلُ الكلَّ والبعض.

وفي «السراج الوهاج»: إذا استحقَّ المبيعُ كان للمشتري أن يخاصمَ البائعَ أوَّلاً، فإذا ثبتَ عليه استحقاقُ المبيعِ كان له أن يأخذَ الثمنَ من أيّهما شاء، وليس له أن يخاصمَ الكفيل أوَّلاً في ظاهرِ الرواية، وعن أبي يوسفَ ﷺ أنَّ له ذلك، وأجمعوا على أنَّ المبيعَ لو ظهرَ حرّاً كان له أن يخاصمَ أيّهما شاء.

[١]قوله: **بشرطٍ ملائم**؛ وقد أطلقَ القُدُوريُّ في «المختصر»(٢) بأنّه يجوزُ تعليقُ الكفالةِ بالشروط، ولكن صرَّحَ في «شرحه» بأنَّ المرادَ شرطٌ يكونُ لوجوبِ الحقّ، كقوله: إذا استحقَّ المبيعُ، أو لإمكان الاستيفاء، وسهولة الأداء، كقوله: إذا قدمَ زيد، وكان زيدٌ مكفولاً عنه أو مضاربه، ولعلَّ المرادَ بالملائمِ هذا.

وقال بعضُهم: إنَّ تعليقَ الكفالةِ يجوزُ بسببِ وجوبِ الحقِّ وبغيرِهِ لا يجوز، كذا في «القنية»(٣)، وغيرها.

[٢]قوله: **فلاناً**؛ قيَّدَ بقوله: فلاناً؛ ليصيرَ المكفولُ عنه معلوماً، فإنّ جهالةَ المكفولِ عنه تمنعُ صحَّةَ الكفالةِ بجهالةِ المكفولِ له في الإضافة، وقد مرَّ ذكرُهُ سابقاً، فلو قال: ما بايعت من النَّاسِ فعليَّ ضمانُهُ فهو باطل؛ لتفاحشِ جهالةِ المكفولِ عنه وبه، بخلاف إنفرادِ جهالةِ المكفولِ به، فإنّها حينئذٍ قليلة يتحمل.

---

(١) قيّد: بفلان؛ إشارة إلى أن المكفول عنه يجب أن يكون معلوماً؛ لأن جهالته تمنع صحة الكفالة. ينظر: «فتح باب العناية»(٢: ٤٩٩).

(٢) «مختصر القدوري»(ص٥٦).

(٣) «قنية المنية»(ق٢٣٩/أ).

وإن علَّقت بمجرَّدِ الشَّرطِ فلا: كإن هَبَّتِ الرِّيحُ، أو جاءَ المطر

فإنِّي ضامنٌ بثمنِهِ[١] لا ما اشتريتُ منه، فإنِّي ضامنٌ للمبيع، فإن الكفالةَ بالمبيعِ لا يجوزُ على ما يأتي.

(وإن علَّقت[٢] بمجرَّدِ الشَّرطِ فلا(١): كإن هَبَّتِ الرِّيحُ، أو جاءَ المطر.

[١]قوله: بثمنه؛ قيَّدَ الضَّمانَ بالثمن؛ لأنَّه قال: بايع فلاناً على أنَّ ما أصابَك من خسرانٍ فعليّ، لم يصحّ، صرَّحَ به في «البَزَّازية»(٢).

[٢]قوله: وإن علّقت؛ أي الكفالةُ بمجرَّدِ الشرط؛ أي بشرطٍ مجرَّدٍ عن الملائمة فلا؛ أي فلا يصحُّ التعليق؛ لأنّه تعليقٌ بالخطر، فلا يصحُّ كالبيع.

واعلم أنّه قال في «الهداية»(٣): فإنَّما لا يصحُّ التعليقُ بمجرَّدِ الشرط، كقوله: إن هبَّتِ الريح، أو جاءَ المطر، وكذا إذا جعلَ واحداً منهما أجلاً إلاَّ أنّه تصحُّ الكفالةُ ويجبُ المالُ حالاً؛ لأنَّ الكفالةَ لَمَّا صحَّ تعليقُها بالشرطِ لا تبطلُ بالشروطِ الفاسدةِ كالطلاقِ والعتاق. انتهى.

والعلامةُ الإتْقَانيُّ مشى على ظاهرِ لفظِه، وقال: إذا كان الشرطُ فيه ملائماً جازَ تعليقُ الكفالة، ومثَّل بقوله: إذا استحقَّ المبيعُ فأنّا ضامنٌ إلى أن قال: وإن كان بخلافِ ذلك، كهبوبِ الريح، ومجيء المطرِ لا يصحُّ التعليق، ويبطلُ الشرط، لكن تنعقدُ الكفالة، ويجبُ المال؛ لأنَّ كلَّ ما جازَ تعليقُهُ بالشرطِ لا يفسدُ بالشروطِ الفاسدةِ كالطَّلاقِ والعتاق.

ومَن نظرَ إلى ظاهرِ لفظِهِ حكمَ بالسهو، كما قالَ العلاَّمةُ العَيْنِيُّ في «شرح الكَنْز»(٤): وذكر في «الهداية»(٥) و«الكافي»: إن علَّقَ به تصحُّ الكفالة، ويجبُ المالُ

---

(١) أي فلا تصح الكفالة ولا يجب المال، أما لو جعل الأجل في الكفالة إلى هبوب الريح ونحوه فلا يصح التأجيل وتصح الكفالة ويجب المال حالاً. ينظر: «المبسوط»(١٩: ٧٤)، و«فتاوى قاضي خان»(٣: ٥٢ - ٥٣)، و«الفتح»(٦: ٣٠٢)، و«التبيين»(٤: ١٥٤)، و«الرمز»(٢: ٧٢)، و«المنح»(ق٢: ٨١/ب).

(٢) «الفتاوى البزازية»(٦: ١٤).

(٣) «الهداية»(٣: ٩٠).

(٤) «شرح الكنز»(٢: ٧٢).

(٥) «الهداية»(٣: ٩٠).

فإن كفلَ بما لك عليه ضَمِنَ قَدْرَ ما قامتْ به بيِّنةٌ ، وبلا بيِّنةٍ صُدِّقَ الكفيلُ فيما يُقِرُّ به مع حَلْفِهِ ، والأصيلُ فيما يُقِرُّ بأكثرِ منه على نفسِهِ فقط

فإن كفلَ بما لك عليه ضَمِنَ قَدْرَ ما قامتْ به بيِّنةٌ[1] ، وبلا بيِّنةٍ صُدِّقَ الكفيلُ فيما يُقِرُّ به مع حَلْفِهِ ، والأصيلُ فيما يُقِرُّ بأكثرِ منه على نفسِهِ فقط)

حالاً ، وهو سهو ؛ لأنَّ الحكمَ فيه أنَّ التعليقَ لا يصحّ ، ولا يلزمُهُ المال ؛ لأنَّ الشرطَ غيرُ ملائم ، فصار كما لو علَّقَهُ بدخولِ الدارِ ونحوه ، ممَّا ليس بملائم ، نعم ؛ لو جعلَ الأجلَ في الكفالةِ إلى هبوبِ الريحِ ونحوه ، لا يصحُّ التأجيل ، ويجبُ المالُ حالاً . انتهى. وهكذا في «التبيين»[1] ، و«المنح»[2] .

لكن أجابَ عنه صاحبُ «البحر»[3] : بأنّ قوله : إلا أنّه تصحُّ الكفالة ؛ إنّما يعودُ إلى الأصلِ بنحو : إن هبَّتِ الريح ، لا إلى التَّعليقِ بالشرط ، وقوله : لّما صحَّ تعليقها ؛ معناه : لّما صحَّ تأجيلها بأجلٍ متعارفٍ مجازاً جازَ عدمُ الثبوتِ في الحالِ في كلٍّ منهما.

وقال في «الفتح»[4] : فالحاصلُ أنَّ الشرطَ الغيرُ ملائم لا تصحُّ معه الكفالةُ أصلاً ، ومع الأجلِ الغيرِ الملائمِ تصحّ حالَّةً ، ويبطلُ الأجل ، لكنَّ تعليلَ المصنِّف ﷺ هذا ، بقوله : لأنَّ الكفالةَ لّما صحَّ تعليقُها بالشرطِ لا تبطلُ بالشروطِ الفاسدةِ كالطلاقِ والعتاق يقتضي أنَّ في التعليقِ بغيرِ الملائمِ يصحُّ الكفالةُ حالَّةً ، وإنّما يبطلُ الشرط.

والمصرَّحُ به في «المبسوط»[5] ، وفي «فتاوى قاضي خان»[6] : أنَّ الكفالةَ باطلة ، فَتصحيحُهُ أن يحملَ لفظ تعليقها على معنى تأجيلها ، بجامعِ أنَّ في كلٍّ منهما عدمَ ثبوتِ الحكمِ في الحال ، وقلَّدَ المصنِّف ﷺ في هذا الاستعمالِ لفظَ «المبسوط» ، فإنّه ذكرَ التعليقَ وأرادَ التأجيل. انتهى. ولعلمي أنّ هذا أحسنُ وجوهِ التصحيح ، فتأمّل فيه ولا تعجل.

[1]قوله : **ضمن قدر ما قامت به بيّنة** ؛ لأنَّ الثابتَ بالبيِّنة كالثابتِ عياناً ، ولو عاينَ ما عليه ، وكفل عنه لزمَه ما عليه ، فكذا إذا ثبت بالبيِّنة.

---

(١) «تبيين الحقائق»(٤ : ١٥٤).

(٢) «منح الغفار»(ق٢ : ٨١/ب).

(٣) «البحر الرائق»(٦ : ٢٤١).

(٤) «فتح القدير»(٦ : ٣٠٢).

(٥) «المبسوط»(١٩ : ٧٤).

(٦) «فتاوى قاضي خان»(٣: ٥٢ - ٥٣).

وللطالبِ مطالبةُ مَن شاءَ من أصيلِهِ وكفيلِهِ، ومطالبتُهما، فإن طالبَ أحدَهما، فله مطالبةُ الآخرِ

أي إن لم يقم البيِّنةَ صُدِّقَ الكفيلُ[1] في مقدارِ ما يُقِرُّ به مع أنه يحلفُ على نفي الزِّيادةِ، وينبغي أن يحلفَ على العلمِ بأنَّكَ لا تعلمُ أنَّ أكثرَ من هذا واجبٌ على الأصيلِ، فإن كَفِلَ أو أقرَّ بالزَّائدِ لَزِمَ عليه، وإنَّما يحلفُ على العلمِ؛ لأنَّ الحلفَ فيما يَجِبُ على الغيرِ ليس إلاَّ على العلمِ.

وإن أقرَّ الأصيلُ بأكثرَ ممَّا أقرَّ به الكفيلُ يكونُ ذلك مقتصراً عليه؛ لأنَّ الإقرارَ حجَّةٌ قاصرةٌ.

وكلمةُ: ما؛ في قولِهِ: فيما يُقِرُّ به؛ موصولة، والضَّميرُ في به راجعٌ إلى: ما.

وفي قوله: فيما يُقِرُّ بأكثرَ منه مصدريةٌ: أي صُدِّقَ الأصيلُ في إقرارِهِ بأكثر منه: أي ممَّا يقرُّ به الكفيلُ، ولو جعلتْ موصولةً يفسدُ المعنى؛ لأنَّه حينئذٍ يصيرُ تقديرُ الكلامِ صُدِّقَ الأصيلُ في الشَّيءِ الذي يُقِرُّ بأكثرَ منه: أي من ذلك الشِّيءِ، فالشيءُ الذي يُقِرُّ الأصيلُ بأكثرَ منه، هو ما أقرَّ به الكفيلُ، والغرضُ أن الأصيلَ يُصَدَّقُ في الأكثرِ لا أنَّه يُصَدَّقُ فيما أقرَّ به الكفيلُ.

(**وللطالبِ[2] مطالبةُ مَن شاءَ من أصيلِهِ وكفيلِهِ، ومطالبتُهما، فإن طالبَ أحدَهما، فله مطالبةُ الآخرِ**)، هذا بخلافِ المالكِ إذا اختارَ أحدَ الغاصبين

---

[1] قوله: صُدِّق الكفيل...الخ؛ لأنَّه منكرُ الزيادةِ التي يدَّعيها الطالب، والقولُ قولُ المنكرِ مع يمينِه، وإذا أقرَّ المطلوبُ بأكثرَ ممَّا أقرَّ به الكفيلُ لا يسري كلامُهُ في الكفيل؛ لعدمِ ولايتِهِ عليه؛ لأنَّ الإقرارَ على الغيرِ لا ينفذُ إلا عن ولاية.

وهذا بخلافِ ما إذا قال: ما ذاب لك على فلانٍ فعليّ، فأقرَّ على نفسِهِ بألفٍ مثلاً، فأنكرَ الكفيلُ ما أقرَّ به، حيث يلزمُهُ ما أقرَّ به المطلوبُ استحساناً، والقياسُ ألا يلزمه شيء.

[2] قوله: وللطالب...الخ؛ أي يثبتُ الخيارُ للطَّالبِ في المطالبة، إن شاءَ طالبَ الأصيل، وإن شاءَ طالبَ الكفيل، وإن شاءَ طالبَهما معاً؛ لأنَّه موجبُ الكفالة، إذ هي تنبئُ عن الضمّ، كما سبقَ تقريرُه، وذلك يقتضي بقاءَ الذمَّةِ الأولى لا البراءة، إلاَّ إذا شرطَ براءةَ الأصيل، فحينئذٍ تكونُ حوالة، كما أنَّ الحوالةَ بشرطِ عدمِ براءةِ المحيلِ كفالّة؛ لأنَّ العبرةَ في العقودِ للمعاني، لا لمجرَّدِ اللفظ.

وتصحُّ بأمرِ الأصيلِ وبلا أمرِه، ثمَّ إن أمرَه رجعَ عليه

لأنَّ اختيارَهُ أحدَهما يتضمَّنُ[1] تمليكَهُ

يعني إذا قضى القاضي بذلك. كذا في «مبسوطِ شيخ الإسلام»، فإذا مَلَّكَ أحدَهما لا يُمْكِنَهُ أن يُمَلِّكَ الآخرَ.

(**وتصحُّ[2] بأمرِ الأصيلِ وبلا أمرِه، ثمَّ إن أمرَه رجعَ عليه[3]**

[1]قوله: يتضمّن...الخ؛ أي يتضمَّنُ التمليكَ منه عند قضاءِ القاضي به، ولا يمكنُهُ التمليكُ من الآخرِ بعد ذلك، والمطالبةُ في الكفالةِ إنّما لا تقتضيه ما لم يوجدْ منه حقيقةُ الاستيفاء.

[2]قوله: وتصحّ...الخ؛ لأنّها تصرُّفٌ من الكفيلِ في نفسِهِ بالتزامِ أن يطالبَهُ الدَّائن، ولا ضررَ على الأصيلِ في ذلك.

[3]قوله: رجع عليه بعد أدائِه؛ بما ضمنَه سواء أدّى ما ضمنَه أو أدّى خلافه، حتى لو كَفِلَ بألفٍ جيادٍ وأدّى ألفاً زيوفاً برضاءِ الطَّالبِ رجعَ بالجياد، ولو كفلَ بألفٍ زيوفٍ وأدَّى جياداً رجعَ بالزيوف.

أمَّا رجوعُهُ على الآمر؛ فلأنّه أدَّى دينَه بأمرِه فيرجعُ به عليه، وأمّا بما ضمنَه؛ فلأنَّ رجوعَهُ بحكمِ الكفالة، فكان بما دخلَ تحتها؛ ولأنَّ الكفيلَ ملكَ الدَّينَ بالأداء، فكان بمنْزلةِ الطَّالب، وصارَ كما لو ملكَهُ بهبةٍ أو إرث.

بخلافِ المأمورِ بأداءِ الدين، حيث يرجعُ بما أدّى إن أدّى أردأَ من الدّين، وبالدَّين إن أدّى أجودَ منه؛ لأنّه لم يجبْ عليه شيء حتى يملكَ الدَّينَ بالأداء، بل كان مقرضاً، وبخلافِ ما إذا صالحَ على أقلَّ من الدَّين، وهو من جنسِه، حيث لا يرجعُ إلاَّ بقدرِ ما أدّى إلاَّ إذا صالحَهُ على أن يهبَه الباقي ففعل، فحينئذٍ بجميعِه؛ لأنّه ملكَ الدَّينَ كلّه أو بعضَهُ بالأداء، وبعضَهُ بالهبة.

ورجوعُ الكفيلِ على الأصيلِ ليس على إطلاقه، بل هو مقيَّدٌ بما إذا كان الآمرُ ممَّن يجوزُ إقرارُهُ على نفسِهِ بالديون، ويملكُ التبرُّع حتى لو كان صبيّاً محجوراً، أو عبداً محجوراً، وأمرَ رجلاً بأن يكفلَ عنه، صحّت الكفالة؛ لأنَّ صحَّتها تعتمدُ التزامَ الكفيلِ باختيارِه، لا أمرَ الآمر.

بعد أدائِهِ إلى طالبِه، ولا يطالبُهُ قبلَه وإن لم يأمرْهُ لم يرجعْ، فإن لوزمَ الكفيلُ بالمالِ فله ملازمةُ أصيلِه

بعد أدائِهِ[١] **إلى طالبِه، ولا يطالبُهُ قبلَه**)، بخلافِ الوكيلِ في الشَّراءِ؛ فإنَّه إذا اشترى كان له مطالبةُ الثَّمنِ من موكِّلِهِ قبلَ أدائِهِ إلى البائِعِ؛ لأَنَّهُ انعقدَ بين الوكيلِ والموكِّلِ مبادلةٌ حكمية، (**وإن لم يأمرْهُ لم يرجع**[٢]).

فإن لوزمَ الكفيلُ بالمال فله[٣] **ملازمةُ أصيلِه**

ولو أدّى الكفيلُ ما أمرَ به، لم يرجعْ لعدمِ صحَّةِ أمره؛ لأنَّ الأمرَ بالكفالةِ استقراضٌ من المأمور، واستقراضُ العبدِ والصبيِّ المحجورين لا يصحّ، حتى لو كانا مأذونين يرجعُ الكفيلُ بما أدّى لصحَّةِ الأمرِ منهما بكفالة [المال] والنفس، وإنّما لم يملكا أن يكفلا عن أحدٍ؛ لكونِهِ تبرُّعاً(١).

[١]قوله: **بعد أدائه لا قبله**؛ لأنّه إنّما يتملّكُ بالأداء، وقبل الأداءِ لا ملكَ له، وإنّما خصَّ أداءه؛ لأنّه لو دفعَ الكفيلُ إلى المكفولِ له بعد أداءِ الأصيلِ غير عالمٍ به لم يرجع عليه. كما صرَّحوا به.

[٢]قوله: **وإن لم يأمرْه لم يرجع**؛ أي وإن لم يأمر الأصيلُ الكفيلَ لم يرجعْ عليه بما أدّى؛ لأنّه متبرِّعٌ بأدائه، وإطلاقُ العبارةِ يشملُ ما إذا كفلَ بغيرِ أمرِه، ثمَّ أجازها؛ لأنَّ الكفالةَ لزمته، ونفذتْ عليه بغيرِ أمرٍ غيرِ موجبةٍ للرجوع، فلا تنقلّب موجبةً للرجوعِ. كذا في «الكافي»، وهذا إذا أجازَ بعد المجلس، أمّا إذا جازَ في المجلسِ فإنّها تصيرُ موجبةً للرجوع. كذا في «الفصولِ العماديّة».

[٣]: **فله**...الخ؛ أي فللكفيلِ أن يلازمَ المكفولَ عنه، حتى يخلّصَ المكفولُ عنه الكفيل؛ لأنَّ الأصيلَ هو الذي أوقعه في هذه، فعليه خلاصُهُ عنها، وهذا الحكمُ مقيَّدٌ بما إذا كانت الكفالةُ بأمرِه، وأمَّا إذا لم تكن كذلك فلا؛ لأنّه ما أوقعَه ليخلّصَه.

وقيّده في «السراجِ الوهّاج» أيضاً بما إذا لم يكن على الكفيلِ للمطلوبِ دينٌ مثله، وإلاّ فلا ملازمةَ ولا حبس، والملازمةُ في الأصلِ شدَّةُ المطالبة، يقال: فلانٌ لازمَ فلاناً؛ أي صاحبَه مصاحبةً لا يعقبُها مفارقة.

---

(١) ينظر: «كمال الدراية»(ق٥٠٠).

وإن حُبِسَ فله حبسُهُ، وإن أُبْرِئَ الأصيلُ أو أوفى المالَ بَرِئَ الكفيلُ، وإن أُبرئَ هو لا يَبْرَؤ الأصيلُ

وإن حُبِسَ فله حبسُهُ[١]): لأنَّهُ لحقَهُ هذا الضَّررُ بأمرِهِ فيعاملُهُ بمثلِه.

(وإن أُبْرِئَ[٢] الأصيلُ أو أوفى المالَ بَرِئَ الكفيلُ، وإن أُبرئَ هو لا يَبْرَؤ الأصيلُ)؛ لأنَّ الدَّينَ على الأصيلِ، فالبراءةُ عنه تُوجِبُ البراءةَ عن المطالبةِ بخلافِ العكس

[١]قوله: **وإن حبس فله حبسه**؛ قيَّده في «الشُّرُنْبُلاليّة»[١] بما إذا لم يكن المكفولُ عنه من أصولِ الدَّائن، فإذا كان المدينُ أصلاً لا يحبسُ كفيلُهُ ولا يلازم، لما يلزمُ من فعلِ ذلك بالأصيل، وهو ممتنع. انتهى. ونظرَ فيه أبو السُّعودِ[٢] بأنَّ الذي في عبارةِ القُهُسْتَانِي[٣] عن (قضاء) «الخلاصة»: إنَّ الكفيلَ إذا حبسَ لا يحبسُ أصلُ الطَّالبِ الذي هو مكفولٌ عنه. انتهى.

وفيه أنّه كيف يحبسُ الكفيلُ بسببِ دينِ الأصيل، ولا يحبسُ الأصيلُ فيه، وأيضاً ما المانعُ من الملازمةِ على فرضِ تسليمِ عدمِ الحبس، فالوجه ما في «الشُّرُنْبُلاليَّة»[٤]، ذكرَه شيخنا العلاَّمةُ الطَّحْطَاويُّ في «حاشيةٍ على الدر المختار»[٥].

[٢]قوله: **وإن أبرئ**...الخ؛ محلُّ براءةِ الكفيلِ بإبراءِ الطالبِ الأصيل، إذا لم يكفل بشرطِ براءةِ الأصيل، فإذا كان كذلك برأ الأصيلُ دون الكفيل؛ لأنّها صارت حوالة، وإنّما قال: أبرئَ الأصيل، ولم يقل: برئَ الأصيل؛ لأنّه لا يلزمُ من براءتِه براءتُه لما في «الخانيّة»[٦]: ضمنَ له الفاعل فلان، فبَرْهَنَ فلانٌ على أنّه كان قضاهُ إيّاها قبل الكفالة، فإنّه يبرأُ الأصيلُ دون الكفيل، ولو برهنَ أنّه قضاهُ بعدها يبرءان. انتهى. فقد برأ الأصيلُ في الوجهِ الأوّل فقط.

---

(١) «الشرنبلالية»(٢: ٣٠٣).
(٢) في «فتح المعين»(٣: ١١).
(٣) في «جامع الرموز»(٢: ١١٤).
(٤) «الشرنبلالية»(٢: ٣٠٣).
(٥) «حاشية الطحطاوي على الدر المختار»(٣: ١٥٥).
(٦) «الفتاوى الخانية»(٣: ٦٦ – ٧٧).

وإن أخَّرَ عن الأصيلِ تأخَّرَ عنه بخلافِ عكسِه، فإن صالحَ الكفيلُ الطالبَ عن ألفٍ على مئةٍ بَرِئَ الكفيلُ والأصيلِ، ورَجَعَ على الأصيلِ بها إن كَفِلَ بأمرِه

(**وإن أخَّرَ**[1] **عن الأصيلِ تأخَّرَ عنه بخلافِ عكسِه**)، اعتباراً للإبراءِ المؤقَّتِ بالمؤبَّدِ.

(**فإن صالحَ الكفيلُ الطالبَ**[2] **عن ألفٍ على مئةٍ بَرِئَ الكفيلُ والأصيل، ورَجَعَ على الأصيلِ بها إن كَفِلَ بأمرِه**)؛ لأنَّهُ أضافَ الصُّلْحَ إلى الألفِ الذي هو الدَّين، وهو على الأصيل، فيبرؤ عن تسعِمئةٍ، وبراءتُهُ توجِبُ براءةَ الكفيل، فإن كانت الكفالةُ بأمرِه، رجعَ[3] الكفيلُ بما أدَّى، وهو المئة.

وفي «السراج الوهّاج»: ويشترطُ قبولُ الأصيلِ البراءة، فإن ردَّها ارتدّت، وهل يعودُ الدَّينُ على الكفيل؟ فيه قولان، وموتُ الأصيلِ كقبوله، وفي «النهاية»: إنّ إبراءَ الأصيلِ وتأجيلِهِ يرتدَّان بالردّ، وبراءُ الكفيلِ يرتدُّ بالردّ، وأمّا تأجيلُهُ فلا يرتدّ بالردّ. انتهى.

[1]قوله: **وإن أخّر**...الخ؛ حاصلُهُ: أنَّ الطَّالبَ إذا أَخَّر عن الأصيلِ فهو تأخيرٌ عن الكفيل، وإذا أخَّر عن الكفيلِ لم يكن تأخيراً عن الذي عليه الأصيل؛ لأنَّ التأخيرَ إبراءٌ مؤقَّت؛ لكونِهِ إسقاطُ المطالبةِ إلى غاية، فيعتبرُ بالإبراءِ المؤبَّد فيما بين الأصيلِ والكفيل.

فأمّا الإبراءُ المؤقَّتُ والمؤبَّدُ يفترقان في حقِّ الكفيل، فإنَّ الإبراءَ المؤبَّدَ للكفيلِ لا يرتدُّ بردّه، وأمّا الإبراءُ المؤقَّتُ يرتدُّ بردّه، ويكون الدينُ عليه حالاً؛ لأنّ الإبراءَ المؤبَّدَ إسقاطٌ في حقّه، والإسقاطُ لا يرتدُّ بالردّ.

وأمّا الإبراءُ المؤقَّت فهو تأخيرُ المطالبة، وليس بإسقاط، ألا ترى أنَّ المطالبةَ تعودُ بعد الأجل، والتأخيرُ قابلُ الإبطال، بخلافِ الإسقاطِ المحض، كذا في «الكفاية»(1)، وغيرها.

[2]قوله: **فإن صالحَ الكفيل**؛ وإن صالحَ الأصيل، والمسألة بحالها فالحكمُ كذلك أيضاً؛ لأنّه قد برئ بالصُّلح، وبراءتُهُ توجبُ براءةَ الكفيلِ كما سبق.

[3]قوله: رجع؛ إذ بالأداءِ يملكُ ما في ذمَّةِ الأصيل، فاستوجبَ الرُّجوعَ بخلافِ الإبراء؛ لأنَّ بالإبراءِ يسقطُ الدَّينُ فلا يملكُهُ الكفيل، فلا يرجع.

(1) «الكفاية»(٦: ٣٠٧ - ٣٠٨).

وإن صالحَ على جنسٍ آخرَ رَجَعَ بالألفِ، وإن صالحَ عن مُوجَبِ الكفالةِ لم يَبْرَؤ الأصيل

(وإن صالحَ على جنسٍ آخرَ رَجَعَ بالألفِ) ؛ لأنَّهُ[١] مبادلةٌ[٢] فيملِكُهُ الكفيلُ، فيرجعُ[٣] بجميعِ الألف.

فإنْ قلتَ: إن الدَّينَ على الأصيلِ، فكيف يملِّكُهُ الكفيل؛ لأنَّ تمليكَ الدَّينِ من غيرِ مَن عليه الدَّينُ لا يصحُّ.

قلت: أمَّا عند مَن جَعَلَ الكفالةَ ضمُّ الذمّةِ إلى الذمّةِ في الدَّينِ فظاهرٌ، وأمَّا عند الآخرينَ، فإنَّ المكفولَ له إذا مَلَكَ الدَّين من الكفيلِ إما بالهبةِ، أو بالمعاوضةِ، فالدَّينُ يُجْعَلُ ثابتاً في ذمَّةِ الكفيلِ ضرورةَ صحَّة التَّمليك. كذا قالوا.

(وإن صالحَ[٤] عن مُوجَبِ الكفالةِ لم يَبْرَؤ الأصيل)

[١]قوله: **لأنَّه...**الخ؛ يعني لأنَّ هذا الصلحَ يكون مبادلة، فيصيرُ الألفُ بمقابلةِ الثوب، فيملكُ ما في ذمَّةِ الأصيل، فيرجعُ بكلِّه عليه، وتوضيحُهُ أنَّ الألفَ في الأصيلِ في ذمَّةِ الأصيل، ثمَّ انتقلَ عنه، وثبتَ في ذمَّةِ الكفيلِ حين أخذَ الطَّالبُ منه، فيصحُّ تمليكُ الطَّالبِ الدينَ الألفَ من الكفيل؛ لكونِهِ تمليكُ الدَّينِ ممَّن عليه الدين.

وكذا يصحُّ التمليكُ من الكفيلِ بالهبة إذا أذنَ له بالقبض، فصار كأنّه أخرجَه عن الكفالة، ووكَّلهُ بالقبض، فقبضَهُ ثمَّ وهبه، فيصيرُ تمليكُ الدَّينِ ممَّن عليه الدَّينُ مع الكفيلِ مسلّطاً على الدينِ في الجملة، وإذا عرفتَ هذا، فاتَّضحَ لك تقريرُ الإيراد وجوابه وضاحة كاملة.

[٢]قوله: **مبادلة**؛ ولهذا لو صالحَ ربُّ المالِ الأصيلَ على غير جنسِ الدَّينِ خرجَ الكفيلُ من كفالتِه، ولو صالحَه على جنسِ الدَّينِ لا يخرج، كذا في «القنية»(١).

[٣]قوله: **فيرجعُ بجميعِ الألف**؛ وقال مالكٌ والشَّافعيُّ وأحمد ﷺ: يرجعُ بالأقلِّ من الدَّين، ومن قيمةِ ما دفع، فإنّه أوفى هذا القدر.

[٤]قوله: **وإن صالحَ الكفيلُ عن موجبِ الكفالة**؛ أي عمَّا وجبَ بالكفالة، وهو المطالبةُ على شيءٍ بشرطِ إبراءِ الكفيلِ خاصّة لم يبرأ الأصيل وبرئَ الكفيل؛ لأنَّ هذا الصُّلحَ إبراءُ الكفيلِ عن المطالبة، وإبراؤُهُ عن الكفالةِ يصيرُ فسخاً لكفالته، لا إسقاطاً

---

(١) «قنية المنية»(ق٢٤٠/ب).

وإن قالَ الطالبُ للكفيلِ: بَرِئتَ إليَّ من المالِ، رجعَ إلى أصيله، وكذا في بَرِئْتَ عند أبي يوسفَ ﷺ خلافاً لمحمدٍ ﷺ

لأن هذا الصَّلحَ إبراءُ الكفيلِ عن المطالبة، فلا يوجبُ براءةَ الأصيل.

(وإن قالَ الطالبُ للكفيلِ: بَرِئتَ إليَّ[1] من المالِ، رجعَ إلى أصيله[2]): لأنَّ البراءةَ التي ابتداؤها من الكفيلِ وانتهاؤها إلى الطَّالبِ لا تكونُ إلا بالإيفاءِ كأنَّه قال[3]: بَرِئتَ بالأداءِ إليَّ، فيرجعُ بالمالِ على الأصيلِ إن كانت الكفالةُ بأمرِه[4].

(وكذا في بَرِئْتَ[5] عند أبي يوسفَ ﷺ خلافاً لمحمدٍ ﷺ)

لأصلِ الدَّين، وإبراءُ الكفيلِ لا يوجبُ براءةَ الأصيل؛ لعدمِ كونِهِ موجباً؛ لسقوطِ أصلِ الدَّين، فبقيَ الدَّينُ على الأصيلِ كما كان قبلَ كفالةِ الكفيل.

[1]قوله: إلى؛ متعلِّقٌ بمحذوفِ حال، أي حالَ كونِك مؤدِّياً إلي، فيكونُ براءةُ استيفاءٍ لا براءةَ إسقاط.

[2]قوله: **رجعَ إلى أصيله**؛ أي بما ضمنَ للمكفولِ له بأمرِ المكفولِ عنه.

[3]قوله: **قال: برئت**؛ وهو إقرارٌ بالقبض، فلا يكون لربِّ الدَّينِ مطالبةٌ من الكفيلِ ولا من الأصيل، ويرجعُ الكفيلُ على أصيله.

[4]قوله: **إن كانت الكفالةُ بأمرِه**؛ وإن لم تكنْ الكفالةُ بأمرِه فلم يرجعْ الكفيلُ على أصيله.

[5]قوله: **وكذا في برئت...الخ**؛ يعني إذا قالَ الطالبُ للكفيلُ: بَرِئْتُ من المال، ولم يقل: إليّ، فيرجعُ الكفيلُ إلى أصيلِهِ عند أبي يوسفَ ﷺ خلافاً لمحمَّد ﷺ، فإنَّ عنده لا يرجع، وقيل: أبو حنيفةَ ﷺ مع أبي يوسفَ ﷺ في هذه المسألة، واختاره صاحبُ «الهداية»(1)؛ ولذا أخَّرَه في الذكرِ كما هو من عاداته، وجعلَهُ المصنّف ﷺ أصلاً ومقدَّماً في الذكر؛ لكونِهِ أقربُ الاحتمالين، فيكون أولى، وأسند المخالفةَ إلى محمَّد ﷺ.

ووجهُ الأقربيَّة ما في «فتح القدير»(2) من أنّه إقرارٌ ببراءةٍ ابتداؤها من الكفيلِ المخاطب، وحاصلُهُ إثباتُ البراءةِ منه على الخصوص، مثل: قمت، وقعدت، والبراءةُ

(1) «الهداية»(٣: ٩٢).

(2) «فتح القدير»(٦: ٣١٠).

وفي أبرأتُكَ لا يرجعُ

له[١]: إن البراءةَ تكون بالأداءِ، أو الإبراء، فيثبتُ بالأدنى. ولأبي يوسف[٢] ﷺ: إنَّه إن أقرَّ بالبراءةِ التي ابتداؤها من المطلوبِ، وهي بالأداءِ فيرجع.

(وفي أبـرأتُكَ لا يرجعُ[٣])، قيل في جميعِ ذلك إن كان الطالبُ حاضراً يرجعُ إليه[٤] في البيان.

الكائنةُ منه خاصّةً كالإيفاءِ بخلافِ البراءةِ بالإبراء، فإنّها لا تتحقَّقُ بفعل الكفيل، بل بفعلِ الطالب، فلا تكونُ حينئذٍ مضافةً إلى الكفيل، وما قالَه محمّد ﷺ: أي من أنّه لا يثبتُ القبضُ بالشكّ، إنّما يتمُّ إذا كان الاحتمالان متساويين.

[١]قوله: لـه أنّ... الخ؛ حاصلُهُ أنَّ قوله: برئت من المال، يدلُّ على براءةِ الكفيلِ قطعاً، والبراءةُ قد تكونُ بأن يؤدّي الكفيلُ المالَ إلى الطّالب، وقد تكون بأن يسقط الطالبُ المالَ عن الكفيل، والبراءةُ بالإبراءِ والإسقاطِ أدنى الاحتمالين، فيثبتُ هو لا الآخر، فإذا تيقنّا بحصولِ البراءةِ وشككنا في الرُّجوع، فإنَّ الرجوعَ إنّما يكون في صورةِ الأداءِ لا في صورةِ الإبراء، فحكمنا أنه لا يرجعُ بالشكّ.

[٢]قوله: ولأبي يوسفَ ﷺ...الخ؛ حاصلُهُ أنّ قولَه: برئتُ من المالِ لا يحتملُ إلاَّ البراءةَ بالأداء؛ لأنّه ذكرَ ضميرَ الخطاب، وهو التاءُ المفتوحة، ونسبَ البراءةَ إلى المخاطبِ وهو المطلوب، وهو لا يقدرُ على البراءةِ إلا بأداءِ، بأن يصنعَ المالَ بين يديه ويخلّي بينه وبين المال.

فكأنّه أقرَّ بالبراءةِ بالأداء، فيبرؤ بذلك، وإن لم يوجدْ من الطالبِ صنع؛ ولهذا لو كتبَ برأَ الكفيلُ من المالِ يكون إقراراً منه بالقبضِ إجماعاً، فكذا هذا إذا فرَّق بينهما من حيثُ اللَّفظ، وفرَّق محمَّد ﷺ بينهما أنَّ الصكَّ لا يكتبُ عادة إلا إذا كانت البراءةُ بالإيفاء، وإن كانت بالإبراءِ لا يكتب.

[٣]قوله: لا يرجع؛ لأنّ قوله: أبرأتك؛ يدلُّ على براءةٍ لا تنتهي إلى غيره، فإنَّ القائلَ نسبَ الفعلَ إلى نفسِه، ومثلُ هذهِ البراءةِ لا يكونُ إلا بالإسقاط، فهذا القولُ لا يكونُ إقراراً بالأداء، فلا يرجع، نعم للطّالبِ أن يأخذَ المطلوبَ بالمال، صرَّحَ به في «الكافي» وغيره.

[٤]قوله: يرجع إليه؛ لأنَّ الأصلَ في الإجمالِ أن يرجعَ فيه إلى المتكلِّمِ المجمل إذا كان حاضراً؛ لإزالةِ الاحتمال، خصوصاً إذا كان العرفُ في ذلك اللَّفظِ مشتركاً، منهم

ولا يصحُّ تعليقُ البراءةِ عن الكفالةِ بشرطٍ كسائرِ البراءات، كما إذا قال: إن قدمَ فلانٌ من السفرِ أبرأتك من الدَّينِ لا يصحُّ البراءةُ منه

(ولا يصحُّ[١] تعليقُ البراءةِ[٢] عن الكفالةِ بشرطٍ[٣] كسائرِ البراءات، كما إذا قال: إن قدمَ فلانٌ من السفرِ أبرأتك من الدَّينِ لا يصحُّ البراءةُ منه

مَن يقصدُ القبضَ والأداء، ومنهم مَن يقصدُ الإسقاطَ والإبراء.

[١]قوله: **ولا يصحّ**؛ لأنَّ في الإبراءِ معنى التَّمليك، والتمليكُ لا يقبلُ التَّعليقَ بالشَّرط؛ لكونِهِ قماراً، وهذا على القولِ بثبوتِ الدَّينِ على الكفيلِ ظاهر، وكذا على القولِ الآخر؛ لأنَّ الكفالةَ عليه تمليكُ المطالبة، والمطالبةُ كالدَّين؛ لأنّها وسيلةٌ إليه.

وقيل: يصحُّ؛ لأنَّ الصحيحَ أنَّ الثَّابتَ في الكفالةِ على الكفيلِ المطالبةُ دون الدين، فكانت إسقاطاً محضاً كالطَّلاقِ والعتاق؛ ولهذا لا يرتدُّ إبراء الكفيلِ بالردّ؛ لأنَّ الإسقاطَ يتمُّ بالمسقط، بخلافِ التأخيرِ عن الكفيل، فإنّه يرتدُّ بالردّ؛ لأنّه ليس بإسقاط، وبخلافِ إبراءِ الأصيلِ من الدَّين؛ لأنَّ فيه معنى التَّمليك، واختارَ هذا القولَ الثَّاني صاحبُ «الفتح»(١)، وقال: وهو أوجه، وقال في «ملتقى الأبحر»(٢): والمختارُ الصحّة. انتهى.

[٢]قوله: **تعليقُ البراءة**؛ إضافةُ التَّعليقِ إلى البراءةِ من إضافةِ الصفةِ إلى موصوفها، والمعنى لا تصحُّ البراءةُ المعلَّقةُ بالشَّرط، وإذا بطلتْ البراءةُ من الكفالة تبقى الكفالةُ على أصلها، فللطَّالبِ مطالبةُ الكفيلِ بدليلِ التَّعليل.

فليسَ المرادُ بطلانُ تعليقِ البراءة؛ لأنّه يلزمُ منه بقاءُ البراءةِ صحيحةً منجزة، وتبطلُ الكفالةُ بها، ولا تناسبُهُ العلَّةُ المذكورة؛ لأنَّ نفسَ التعليقِ ليس فيه معنى التَّمليك، بل الذي فيه معنى التَّمليكِ هو البراءةُ المعلّقة، فتبطل، كذا في «رد المحتار»(٣).

[٣]قوله: **بشرط**؛ مثل إذا جاءَ غد فأنتَ بريءٌ من الكفالةِ بالمال، فجاءَ غد لا يبرؤ عنها، إذ شرطُهُ باطل، وكفالتُهُ جائزة، قال في «منح الغفار»(٤) نقلاً عن «المعراج»: قيل: المرادُ بالشرطِ الشرطُ المحض، الذي لا منفعةَ للطالبِ فيه أصلاً، كدخولِ الدَّارِ ومجيءِ الغد؛ لأنّه غيرُ متعارف.

---

(١) «فتح القدير»(٦: ٣١١).

(٢) «ملتقى الأبحر»(ص٢٥).

(٣) «رد المحتار»(٤: ٢٧٦ - ٢٧٧).

(٤) «منح الغفار»(ق٢: ٨٦/أ).

ولا الكفالةُ بما تعذَّرَ استيفاؤهُ من الكفيلِ، كالحدودِ والقصاصِ، وبالمبيع بخلافِ الثَّمنِ

ولا الكفالةُ[1] بما تعذَّرَ استيفاؤهُ من الكفيلِ، كالحدودِ والقصاصِ[2]، وبالمبيع بخلافِ الثَّمنِ[3])، اعلم[4] أن الكفالةَ بتسليم المبيع تصحُّ

أمّا إذا كان متعارفاً فإنّه يجوزُ كما في تعليقِ الكفالة، كما في «الإيضاح»: الكفيلُ بالمالِ أو النفسِ لو قال: إن وافيتُكَ غداً فأنا بريءٌ من المال، فوافاه غدا يبرؤ من المال. فقد جوَّزَ تعليقَ البراءةِ عن الكفالةِ بالمال، وكذا إذا علّق البراءة باستيفاءِ البعضِ يجوز، أو علَّق البراءة عن البعضِ بتعجيلِ البعضِ يجوز، ذكرَه في «مبسوط شيخ الإسلام».

فعُلِمَ أنَّ المرادَ بالشرطِ الشرطُ: الغيرُ متعارف، واختلافُ الروايتين في صحَّةِ التعليقِ محمولٌ على هذا، فروايةُ عدمِ الجوازِ فيما إذا كان غيرُ متعارف، وروايةُ الجوازِ فيما إذا كان متعارفاً. انتهى، وهاهنا بحثٌ نفيسٌ مذكورٌ في «ردّ المحتار»(1).

[1]قوله: ولا كفالة؛ لأنَّ الكفالةَ إنّما تصحُّ بمضمون تجري النيابةُ في إيفاءه، ولا تجري النيابةُ في العقوبات؛ لأنَّ المقصودَ من شرعِها جزاءُ المفسدين عن الفساد، فلا يمكنُ إقامتُها على غيرِ الجاني، ولأنَّ شرطَ الكفالةِ كونُ المكفولِ به مقدورَ التَّسليمِ من الكفيل، والحدُّ والقصاصُ ليسا كذلك.

[2]قوله: **كالحدود والقصاص**؛ أي كنفسِ الحدودِ ونفسِ القصاص، فإنَّ الكفالةَ بنفسِ من عليه الحدودُ والقصاصُ تجوز، صرَّحَ به في «البناية»(2)، وغيرها.

[3]قوله: **بخلاف الثمن**؛ فإنّه يصحُّ الكفالةِ به عن المشتري؛ لأنّه دينٌ كسائرِ الدُّيون.

[4]قوله: **اعلم**؛ لما كان قولُ المصنِّف ﷺ: وبالمبيعِ يحتملُ احتمالاً تصحُّ الكفالةُ فيه، واحتمالاً لم تصحّ، فوجبَ أن يصرِّحَ الشارحُ ﷺ بما هو المقصودُ هاهنا، فقال: واعلم أنَّ الكفالةَ... الخ.

وتوضيحُهُ: إنَّ الأعيانَ إمَّا مضمونةٌ بنفسها: وهي ما يجبُ قيمتُها عند الهلاك، أو بغيرها: وهي ما لا يجبُ قيمتُها، أو أمانة، والأوَّلُ تصحُّ الكفالةُ به ولا تصحُّ بالثاني والثالث؛ لفقدانِ شرطِها، وهو أن يكون مضموناً على الأصيل، لا يخرجُ عنه إلا بدفعِ عينِهِ أو بدلِه.

---

(1) «رد المحتار»(٤: ٣٧٧).

(2) «البناية»(٦: ٧٦٠).

وبالمرهون

لكن لو هلكَ لا يَجِبُ على الكفيلِ شيءٌ[1]، فمرادُ «المتن» الكفالةُ بماليّةِ المبيع؛ وذلك لأنَّ ماليّتَهُ غير مضمونةٍ على الأصيلِ، فإنَّه لو هَلَكَ ينفسخُ البيعُ، ويَجِبُ ردُّ الثَّمَنِ.

(وبالمرهون[2]): أي بماليتِهِ لكن يصحُّ بتسليم المرهون

وتوضيحُهُ: إنَّ الأعيانَ إمَّا مضمونةٌ بنفسها: وهي ما يجبُ قيمتُها عند الهلاك، أو بغيرها: وهي ما لا يجبُ قيمتُها، أو أمانة، والأوَّلُ تصحُّ الكفالةُ به ولا تصحُّ بالثاني والثالث؛ لفقدانِ شرطها، وهو أن يكون مضموناً على الأصيل، لا يخرجُ عنه إلا بدفعِ عينِهِ أو بدلِه.

وصورةُ الكفالةِ بالمبيعِ أن يقول للمشتري: إن ملكَ المبيعَ فعليّ بدلُهُ أو قيمتُه، فمعنى قول المصنّف ﷺ: بالمبيع، بماليّته؛ وذلك لأنَّ ماليَّتَهُ غيرُ مضمونةٍ على الأصيل، فإنّه لو هلكَ المبيعُ قبل القبضِ في يدِ البائعِ لا يجبُ على البائعِ شيء، وإنّما يسقطُ حقُّهُ في الثمن.

وإذا كان المبيعُ مضموناً على البائعِ بسقوطِ حقِّهِ في الثَّمنِ لا بنفسِه لا يمكنُ تحقُّقُ معنى الكفالة، إذ هي ضمُّ الذمَّةِ إلى الذمَّةِ في المطالبة، ولا يتحقَّقُ الضمُّ بين المختلفين، فإنّما ثبتَ على الأصيلِ وهو سقوطُ حقِّهِ في الثمنِ لا يمكنُ إثباتُهُ في حقِّ الكفيل.

وما أمكنَ إثباتُهُ على الكفيلِ من كونِهِ مضموناً عليه بالقيمةِ لا يمكنُ إثباتُهُ على الأصيل، بخلافِ الكفالةِ بتسليمِ المبيع، حيث يصحُّ لتحقُّقِ معنى الضمِّ فيها، ونظيرُ الكفالةِ بالمبيعِ الكفالةُ ببدلِ الكتابة، حيث لا يمكنُ الإيجابُ على الكفيلِ بمثلِ ما وجبَ على الأصيل، كذا في «البحر»(1)، و«الكفاية»(2)، وغيرهما.

[1]قوله: لا يجبُ على الكفيلِ شيء؛ لأنَّ العقدَ قد انفسخ، ووجبَ على البائعِ ردُّ الثمن، والكفيلُ لم يضمن الثمن.

[2]قوله: وبالمرهون؛ أي ولا تصحُّ الكفالةُ بماليَّةِ المرهون؛ لأنَّ المرهونَ غيرُ مضمونٍ على المرتهنِ بنفسه، وإنّما يسقطُ دينُهُ إذا هلك، فلا يمكنُ إيجابُ الضَّمانِ على

---

(1) «البحر الرائق»(٦: ٢٥٠).

(2) «الكفالة»(٦: ٣١٣ - ٣١٤).

وبالأمانةِ: كالوديعةِ، والمستعار، والمستأجَرِ، ومالِ المضاربةِ، والشَّركةِ

فلو هلكَ لا يَجِبُ عليه شيءٌ[١].

فالحاصلُ أن الكفالةَ بماليَّةِ الأعيانِ المضمونةِ بالغيرِ لا تصحُّ، فأمَّا بالأعيانِ المضمونةِ بنفسِها تصحُّ عندنا خلافاً[٢] للشَّافِعِيِّ ﷺ(١)، وذلك مثل: المبيع بيعاً فاسداً، والمغصوب، والمقبوض على سومِ الشَّراءِ، فإنَّه مضمونٌ بالقيمةِ.

(وبالأمانةِ[٣]: كالوديعةِ، والمستعارِ، والمستأجَرِ، ومالِ المضاربةِ، والشَّركةِ)

الكفيل، وهو ليس واجباً على الأصيل.

وشرطُ صحَّةِ الكفالةِ أن يكونَ المكفولُ به بحيث لا يمكنُ للأصيلِ أن يخرجَ عنه إلاَّ بدفعِهِ أو دفعِ بدلِه، فإنَّ الكفالةَ التزامُ المطالبةِ بما هو على الأصيل، فلا بُدَّ أن يكونَ المكفولُ به واجباً على الأصيلِ ومضموناً عليه.

[١]قوله: **لا يجبُ عليه شيء**؛ فإنَّ عينَ المرهونِ إن كان بمقدارِ الدَّينِ أو زائداً عليه، والزِّيادةُ عليه من ماليَّتِهِ كان أمانةً في يدِ المرتهن، ولا ضمانَ فيها.

[٢]قوله: **خلافاً للشافعيّ** ﷺ؛ إذ الشَّافعيّةُ منعوا الكفالةَ بالأعيانِ مطلقاً، بناءً على أصلِهِ أنَّ موجبَ الكفالةِ التزامُ أصلِ الدَّينِ في الذِّمة، فكان محلُّها هو الدَّينُ دون العين، وإنَّ شرطَ صحَّتها قدرةُ الكفيلِ على الإيفاءِ من عنده، وذلك يتصوَّرُ في الدُّيونِ دون الأعيان.

وقلنا بناءً على أصلنا: إنَّ الكفالةَ ضمُّ ذمَّةٍ إلى ذمَّةٍ في المطالبة، والمطالبةُ تقتضي أن يكونَ المطلوبُ مضموناً على الأصيلِ لا محالة، كذا في «العناية»(٢)، وغيرها.

[٣]قوله: **وبالأمانةِ**، ما كان أمانة فإن كان غيرَ واجبِ التَّسليمِ كالوديعةِ ومال المضاربةِ والشَّركة، فإنَّ الواجبَ عدمُ المنعِ عند الطلبِ لا التَّسليم، ولا يجوزُ الكفالةُ بتسليمِهِ لعدمِ وجوبه، كما لا يجوزُ بيعُها، وإن كان واجبُ التَّسليم كالمستأجرِ إذا ضَمِنَ رجلٌ بتسليمِهِ إلى المستأجر، كمَن استأجرَ دابَّة وعجَّلَ الأجر، ولم يقبضها وكفلَ له بذلك كفيلٌ صحَّت الكفالة وعلى الكفيلِ تسليمُها ما دامت حيّة،

---

(١) ينظر: «أسنى المطالب»(٢: ١٥٠ - ١٥١)، «حاشيتا قليوبي وعميرة»(٢: ٢٢٢)، و«تحفة المحتاج»(٥: ٢٥٢)، وغيرها.

(٢) «العناية»(٦: ٣١٢).

وبالحملِ على دابّةٍ مستأجَرةٍ معيَّنةٍ بخلافِ غيرِ المعيَّنةِ

قالوا الكفالةُ بماليَّةِ الوديعةِ والعاريةِ لا تصحُّ، أمَّا بتمكينِ المالك من أخذِ الوديعةِ يصحُّ، وكذا بتسليمِ العاريةِ[١].

(وبالحملِ[٢] على دابّةٍ مستأجَرةٍ معيَّنةٍ)، إذ لا قُدْرَةَ له[٣] على تسليمِ دابّةِ المكفولِ عنه، (بخلافِ غيرِ المعيَّنةِ): فإن المستحقَّ هاهنا الحملُ على أي دابّةٍ كانت، فالقدرةُ ثابتةٌ هاهنا

فإن هلكت ليس على الكفيلِ شيء؛ لأنَّ الإجارةَ انفسخت، وخرجَ الأصلُ عن كونِهِ مطالباً بتسليمها، وإنّما عليه ردُّ الأجر، والكفيلُ ما كفلَ به، كذا في «العناية»(١).

[١]قوله: وكذا بتسليمِ العارية؛ قال في «المنح»(٢): وما ذكرَهُ شمسُ الأئمَّةَ السرخسيُّ ﷺ من أنَّ الكفالةَ بتسليمِ العاريَّة باطلة بأجل، فقد ذكرَ في «الجامع الصغير»: إنَّ الكفالةَ بتسليمِ العاريةِ صحيحة، وكذا في «المبسوط»، ونصَّ القُدُوريُّ أنَّها بتسليمِ المبيعِ جائزة، ونصَّ في «التحفة» على جميعِ ما ذكرناه من أنَّ الكفالةَ بالتسليمِ صحيحة.

والوجه عندي أن لا فرقَ بين الثلاث الأُوَل من الوديعةِ ومالِ المضاربة والشركة، وبين العاريةِ وما معها من الأمانات، إذ لا شكَّ في وجوبِ الردِّ عند الطلب، فإن قال شمسُ الأئمّة: الواجبُ التخليةُ بينه وبينها، لا ردّها إليه.

فنقول: فليكن مثل هذا الواجبِ على الكفيل، وهو أن يحصِّلها ويخلّي بينه وبينها بعد إحضارِهِ إليها، ونحن نعني بوجوبِ الردِّ بما هو الأعمّ من هذا، ومن حملِ المردودِ إليه، قال في «الذخيرة»: الكفالةُ بتمكينِ المودعِ من الأخذِ صحيحة، كذا في «فتح القدير»(٣). انتهى.

[٢]قوله: وبالحمل؛ أي لا تصحُّ الكفالةُ بالحملِ على دابَّةٍ معيّنةٍ في ما إذا استأجرَ دابَّةً معيَّنةً للحملِ عليها.

[٣]قوله: إذ لا قدرة...الخ؛ حاصلُهُ: أنّه استحقَّ عليه الحملُ على دابَّةٍ معيّنة،

(١) «العناية»(٦: ٣١٢).
(٢) «منح الغفار»(ق٢: ٨٢/ب).
(٣) «فتح القدير»(٦: ٣١٢).

وبخدمةِ عبدٍ مستأجرٍ لها معينٌ، وعن ميْتٍ مُفلِسٍ، وبلا قَبولِ الطَّالبِ في المجلس

(وبخدمةِ عبدٍ[1] مستأجرٍ لها معينٌ): لما ذُكرَ في الدَّابة.

(وعن ميْتٍ مُفلِس[2](1))، هذا عند أبي حنيفةَ ﷺ بناءً على أن ذمَّةَ الميتِ قد ضَعُفَتْ، فلا يجبُ عليها إلاَّ بأن يَتَقوَّى بأحدِ الأمرين:

١. إمَّا بأن يبقى منه مالٌ.

٢. أو يبقى كفيلٌ كَفِلَ عنه في أيَّام حياتِه، فيكون الدين حينئذٍ ديناً صحيحاً، فتصحُّ الكفالة.

وعندهما: إذا ثَبتَ الدَّينُ ولم يوجدْ مسقطٌ يكونُ ديناً صحيحاً فتصحُّ الكفالةَ.

(وبلا قَبولِ الطَّالبِ في المجلس)

والكفيلُ لو أعطى دابَّةً أُخرى لا يستحقُّ الأجرة؛ لأنّه أتى بغيرِ المعقودِ عليه.

ألا ترى أنَّ المؤجّرَ لو حملَه على دابَّةٍ أُخرى لا يستحقُّ الأجر، فصارَ عاجزاً ضرورة، فظهرَ أنَّ العجزَ هاهنا لكونِ الدابَّةِ المستأجرةِ معيّنة، فإن كانت غير معيَّنة تصحُّ الكفالة؛ لأنَّ الكفيلَ يمكنُهُ الحملُ على دابَّةِ نفسه، إذ الحملُ هو المستحقُّ في هذه الصورة.

[١]قوله: وبخدمة عبد...الخ؛ ولا تصح الكفالة بخدمة معيّن فيما استأجر للخدمة؛ لأنه عاجز عمّا كفل به؛ لكونه معيّناً، فلو استأجر للخدمة عبداً غير معين، فالكفالة صحيحة لعدم العجز.

[٢]قوله: وعن ميِّتٍ مُفلِسٍ؛ يعني إذا ماتَ رجلٌ مُفلِس، وعليه ديونٌ ولم يتركْ شيئاً، ولم يكن عنه كفيل، فتكفَّلَ عنه أحدُ الغرماءِ سواءٌ كان هذا الكفيلُ وارثاً لذلكَ الرَّجلِ أو أجنبيَّاً فلا تصحُّ الكفالةُ عند الإمام، وعندهما: تصحّ.

وعند مالكٍ والشافعيِّ وأحمد ﷺ: تصحّ، لما رُوِيَ أنّه ﷺ: «أُتِيَ بجنازةِ رجلٍ من الأنصار، فسأل: عليه دين؟ فقالوا: نعم درهمان أو ديناران، فامتنعَ من الصلاة، فقال: صلُّوا على أخيكم، فقامَ أبو قتادةَ ﷺ، فقال: هما عليَّ يا رسولَ الله ﷺ»(٢).

---

(١) أي لم يترك مالاً ولا كفيلاً عنه وعليه دين، سواء كان الكفيل أجنبياً أو وارثاً. ينظر: «فتح باب العناية»(٢: ٥٠٢).

(٢) في «صحيح البخاري»(٢: ٨٠٣).

....

....

وفي روايةٍ: قال ذلك عليٌّ ﷺ، فصلّى عليه ﷺ، ذكرَهُ العلاّمةُ الزَّيْلَعِيُّ في «شرح الكَنْز»[1]، فلو لم تصحَّ الكفالةُ لَمَا صلّى بعدها؛ ولأنَّ الدينَ واجبٌ عليه في حياته، وهو لا يسقطُ إلاَّ بالإيفاءِ أو الإبراء أو انفساخِ سببِ الوجوب.

وبالموتِ لم يتحقَّق شيء من ذلك، فلا يسقط؛ ولهذا يؤاخذُ به في الآخرة، ولا يبرؤ كفيلُهُ في حياتِهِ بموته، ولو تبرَّعَ أحدٌ بقضاءه صحّ، ولو لم يكن عليه دينٌ لما جازَ للطالبِ أخذُهُ من المتبرِّع، وكذا يبقى إذا كان به كفيلٌ، أو تركَ مالاً.

ولأبي حنيفةَ ﷺ: أنَّ الكفالةَ عن الميت كفالةٌ بدينٍ ساقط، والكفالةُ بدينٍ ساقطٍ باطلة، وإنّما قلنا: إنّها بدينٍ ساقط؛ لأنَّ الدَّينَ في الحقيقةِ فُعِلٌ؛ ولهذا يوصفُ بالوجوب، يقال: وجبَ عليه الدين، أي أداؤه، كما يقال: وجبتْ عليه الصَّلاةُ: أي أداؤها، والأداءُ لا يتصوَّرُ من الميِّتِ فسقط سواءٌ كان له مالٌ أو لم يكن له مالٌ في حقِّ أحكامِ الدُّنيا؛ ليصحَّ تحقيقُ معنى الكفالة، وهو ضمُّ الذمَّةِ إلى الذمَّةِ في حقٍّ وجوبِ المطالبة.

والمطالبةُ ساقطةٌ عن الأصيل فلا يمكنُ إيجابُها على الكفيلِ تبعاً، إذ لا يُضَمُّ الموجودُ إلى المعدوم، إلا أنّه مالٌ في بعضِ الأحكامِ كوجوبِ الزَّكاة؛ لأنّه يؤولُ إليه بواسطةِ الإيفاء، والميِّتُ عاجزٌ عن الإيفاءِ بنفسِهِ وبكفيلِهِ في حياتِه، إذ الفرضُ أن لا كفيلَ له، فسقطَ عنه الدَّينُ في حقِّ أحكامِ الدنيا ضرورةً، وصحَّةُ الكفالةِ تقتضي قيامَ الدَّينِ في حقِّ أحكامِ الدنيا؛ ليتحقَّقَ معنى الكفالة: أعني ضمُّ الذمَّةِ إلى الذمَّةِ في المطالبة.

والمؤاخذةُ من أحكامِ الآخرةِ لا من أحكامُ الدنيا، وإنّما لم يبرأ بموتِهِ كفيلُهُ في حياته؛ لأنّه كان خلفَه في الاستيفاءِ منه، فجعلَ الدَّينُ باقياً في حقِّهِ كما لو كان للميِّتِ مال، وصحَّ التبرُّعُ لقضائه؛ لأنَّ التبرُّعَ لا يعتمدُ قيامَ الدَّين؛ لأنّه تبرئةٌ في حقِّ الآخرة، فإنَّ الدينَ باقٍ في حقِّ الطالب؛ لأنّه أمرٌ بينهما.

---

(١) في «تبيين الحقائق»(٤: ١٦٠ - ١٦١).

إلاَّ إذا كَفِلَ عن مورِّثِهِ في مرضِهِ مع غيبةِ غرمائِه

وعند أبي يوسفَ ﷺ[1] إذا بلغَهُ الخبر، وأجازَ جاز، وهذا الخلافُ في الكفالةِ بالنَّفسِ والمالِ معاً، (**إلاَّ إذا كَفِلَ عن مورِّثِهِ في مرضِهِ مع غيبةِ غرمائِه**)

وأمَّا الكفالةُ فأمرٌ بين الكفيلِ والأصيل؛ لأنَّه التزمَ ما على الأصيل، والحديثُ يحتملُ أن يكون إقراراً بكفالةٍ سابقة، فإنَّ لفظَ الإقرارِ والإنشاءِ في الكفالةِ سواء، ولا عمومَ لحكايةِ الفعل، ويحتملُ أن يكونَ وعداً لا كفالة، وكان امتناعُهُ ﷺ من الصَّلاة عليه ليظهرُ طريقَ قضاءِ ما عليه، فلمَّا ظهرَ بالوعدِ صلَّى عليه.

لا يقال: لو سقطَ الدَّينُ لبرئَ الكفيل؛ لأنَّ براءتَهُ توجبُ براءةَ الكفيل، فلمّا لم يبرأ عُلِمَ أنَّ عليه ديناً، فيجوزُ ابتداءُ الكفالةِ به؛ لأنّا نقول: الكفيلُ خلفٌ عنه فلا يبرأ، أو نقولُ في حقِّ الطالبِ: لا يسقط؛ لأنَّ سقوطَهُ ضروريٌّ فلا يتعدَّى المطلوب، كذا قالوا هذا المقام.

وقيِّدت المسألةُ بالكفالةِ بعد موتِه؛ لأنَّه لو كَفِلَ في حياتِهِ ثمَّ ماتَ مُفلِساً لم تبطلْ الكفالة، وكذا لو كان به رهنٌ ثمَّ ماتَ مفلساً لا يبطلُ الرَّهن؛ لأنَّ سقوطَ الدَّينِ عنه في أحكامِ الدُّنيا ضرورةً، فيتقدَّرُ بقدرها، فأبقيناهُ في حقِّ الكفيلِ والرهن؛ لعدمِ الضَّرورة، ذكره في «البحر»(1) نقلاً عن «المعراج».

[1] قوله: **وعند أبي يوسفَ** ﷺ...الخ؛ واختلفَ المشايخُ على قوله:

فقيل: عنده تصحُّ بوصفِ التوقُّف، حتى إن رضيَ به الطَّالبُ بعد القيامِ من المجلسِ نفذ، وإن لم يرضَ به بطل.

وقيل: بوصفِ النفاذِ ورضاءِ الطالب، ليس بشرطٍ عنده، وهو الأصحّ؛ لأنَّ الكفالةَ التزامٌ من الكفيلِ لا إلزامَ فيه على غيرِه، فيتمُّ بالملتزم وحدَه كالإقرار؛ فلهذا تصحُّ مع الجهالة.

ومَن قال بوصفِ التوقُّفِ جعلَ الكفيلَ كالفُضُوليّ في النكاح، إذا زوَّج امرأةً وليس عنها قائل، حيث يتوقَّفُ النِّكاحُ عنده على إجازتها فيما وراءَ المجلس، فكأنّه جعلَ قولَه: كفلتُ لفلانٍ عن فلانٍ بكذا عقداً تامَّاً، لكنّه تصرُّفٌ لغيرِهِ فيتوقَّفُ على رضائه.

(1) «البحر الرائق»(٦: ٢٥٣).

....

صورتُهُ: أن يقولَ المريضُ لوارثِهِ[١] في غيبةِ الغرماء: تكفَّل عنِّي بما عليَّ من الدينِ، فكَفِلَ جازَتْ، وإنَّما تصحُّ[٢]

ولهما: أنَّ الكفالةَ عقدُ تمليكِ المطالبة، فلا يتوقَّفُ شطرُهُ على ما وراءَ المجلسِ كسائر العقود، وإنّما تبرَّعٌ على الطالبِ بالتزامِ المطالبة، وإنشاءُ سببِ التبرُّعِ لا يتمُّ ما لم يقبلْه المتبرِّعُ عليه كالهبةِ والصدقة، ولا يمكنُ جعلُ عبارة الكفيلِ قائمةً مقامَ عبارةِ الطالب؛ لعدمِ ولايته عليه. ذكره العلاَّمةُ الشُّمُنِّيّ(١).

وفي «البَزَّازيّة» و«الدرر»(٢): إنَّ الفتوى على قولِ الثاني، وقال في «المنح»(٣): قال الطَّرسُوسيُّ في «أنفع الوسائل»(٤) بعد أن ذكرَ الخلافَ بين أبي حنيفةَ ﷺ ومحمّد ﷺ، وبين أبي يوسفَ ﷺ كما ذكرناه، والفتوى على قولهما، وفي «صحيح الشيخ قاسم»، والمختارُ قولُهما عند المَحْبُوبيِّ والنَّسَفيِّ وغيرهما. انتهى.

[١]قوله: لوارثه؛ إنّما قال: لوارِثه؛ لأنَّ المريضَ لو قال هذا القولَ لأجنبي، اختلفتِ المشايخُ فيه؛ فمنهم مَن قالَ بجوازِه؛ تنْزيلاً للمريضِ منْزلةَ الطّالب، ومنهم مَن قال بعدمِه؛ لأنَّ الأجنبيَّ غيرُ مطالبٍ لقضاءِ دينِهِ بلا التزام، وكان المريضُ والصحيحُ سواءٌ والأوّل أوجه، كذا في «الفتح»(٥)، والتفصيل في «البحرِ الرَّائق»(٦).

[٢] قوله: وإنّما تصحُّ... الخ؛ وكان القياس على قولِهما أن لا تصحّ في هذه المسألة أيضاً؛ لأن الطالبَ غيرُ حاضر؛ ولأن الصحيحَ لو قال هذا لوارثه فضمنه لم تصحّ، فكذلك المريض.

ووجه الاستحسان: إن هذا إنّما صحَّ بطريق الوصيّةِ من المريضِ لوارثهِ بأن يقضي دينَه لا بطريقِ الكفالةِ عنه؛ ولهذا صحّ وإن لم يسمِّ المريضُ الدينَ، ولا ربَّ الدين؛ لأن الجهالةَ لا تمنعُ صحّة الوصيّة.

---

(١) في «كمال الدراية»(ق٥٠٢).

(٢) «درر الحكام»(٢: ٣٠١).

(٣) «منح الغفار»(ق٢: ٨٣/أ).

(٤) «أنفع الوسائل»(ص٢٧٦).

(٥) «فتح القدير»(٦: ٣١٦).

(٦) «البحر الرائق»(٦: ٢٥١).

وبمالِ الكتابةِ حرٌّ تكفَّلَ به أو عبدٌ

لأن ذلك في الحقيقةِ[١] وصيّةٌ؛ ولهذا لا يشترطُ تسميةُ المكفولِ له.

(وبمالِ الكتابةِ حرٌّ تكفَّلَ به أو عبدٌ)؛ لأنَّه[٢] دينٌ يَثْبُتُ مع المنافي، وإنَّما قال: حُرٌّ تكفَّلَ به أو عبدٌ؛ لرفعِ توهُّمِ أن كفالةَ العبدِ به ينبغي أن تصحَّ؛ لأنَّه لا يجوزُ ثبوتُ مثلِ هذا الدَّينَ عليه؛ لأنَّ العبدَ محلُّ الكتابةِ فخصَّهُ دفعاً لهذا الوهم.

وقالوا: إنّما تصحّ إذا كان له مال؛ ولأن المريضَ في هذا الخطاب لورثتِه قامَ مقامَ الطالب لحاجته إلى تفريغ ذمّته بقضاءِ الدين من تركتِه، وفيه نفعٌ للطالبِ، فصارَ كما لو حضرَ الطالبُ بنفسِهِ وقَبِلَ كفالةَ الوارثِ عن مورِّثه.

وإنما لم يحتج الى تجديد القبول؛ لأن قولَ المريضِ لوارثِه في هذه الحالة: تكفَّل عنِّي؛ لا يرادُ به المساومة، بل تحقيقُ الكفالة، ويجعل الأمر منها تحقيقاً لا مشورةً، كذا في «كمال الدراية»[١].

[١]قوله: في الحقيقة؛ أي فيه معنى الوصيّة إذ لو كانت حقيقةَ الوصيةِ لم يفترق الحال بين حال الصحة والمرض في ذلك، قد ذكر في «المبسوط»: إن ذلك لا يصحُّ منه في حالِ الصحّة، كذا في «الفتح»[٢].

[٢]قوله: لأنه...الخ؛ حاصله أن بدلَ الكتابة دين يثبت مع المنافي، وهو دين المولى على مملوكه، فلا يظهر في حقِّ الكفالة.

وذكر في «النهاية»: إن التخصيص بمال الكتابة غيرُ مفيد، فإنّه لا تجوز أيضاً الكفالةُ بدين آخر سوى بدل الكتابة على المكاتَب، ذكره في «المبسوط»؛ لأنه إذا عجز نفسُه يسقطُ عنه بدلُ الكتابة، ويسقط عنه سائرُ ديونِ مولاه، وحكمُ بدل السِّعاية حكمُ حال الكتابة في قول أبي حنيفة ﷺ فلا تجوزُ الكفالةُ به للمولى عنده، وتجوز عندهما؛ لأنه حرّ مديونٌ. ذكره العلامة الشُّمُنِّيُّ في «شرح النُّقاية»[٣].

وكذا لا تصحّ الكفالةُ بالدِّية. صرَّح به في «الخانية»، وغيرها من المعتبرات، لكن قال في «الكافي»: قال: إن قتلَك فلانٌ خطأً فأنا ضامن لديتك، فقتلَه فلانٌ خطأً، فهو ضامنٌ لديتِه. انتهى. والله اعلم.

---

(١) «كمال الدراية»(ق٥٠٢).

(٢) «فتح القدير»(٦: ٣١٥).

(٣) «كمال الدراية»(ق٥٠٢).

ولا يرجعُ أصيلٌ بألفٍ أدَّى إلى كفيلِه، وإن لم يعطِها طالبَه

(ولا يرجعُ أصيلٌ بألفٍ أدَّى إلى كفيلِه، وإن لم يعطِها طالبَه): أي إذا[1] عجَّلَ الأصيلُ، فأدَّى المالَ[2] إلى الكفيلِ الذي كَفِلَ بأمرِهِ ليس له أن يستردَّها مع أن الكفيلَ لم يعطِها للطَّالبِ

[1]قوله: **أي إذا...الخ**؛ حاصلُه: أنه إذا دفع الأصيل، وهو المديون إلى الكفيل المال المكفول به ليس للأصيل أن يستردَّه من الكفيل، وإن لم يعطه الكفيلُ إلى الطالب؛ لأن الكفيلَ ملكَه بالاقتضاء.

فظهرَ أن الكفالةَ توجب ديناً للطالب على الكفيل وديناً للكفيل على الأصيل، لكنَّ دين الطالب حالٌ ودين الكفيل مؤجّلٌ إلى وقت الأداء؛ ولذا لو أخذ الكفيلُ من الأصيل رهناً أو أبرأه أو وهب منه الدين صحَّ فلا يرجعُ بأدائه.

[2]قوله: **فأدَّى المال**؛ أي على وجه القضاء بأن قال له: إنِّي لا آمن أن يأخذ منك الطالب حقَّه فأنا أقضيك المال قبل أن تؤدِّيه، بخلاف ما إذا دفعَ المال على وجه الرسالة، قال الأصيلُ للكفيل: خذْ هذا المال وادفعْه إلى الطالب.

حيث لا يصير المؤدّى ملكاً للكفيل بل هو أمانة في يده، ولكن لا يكون للأصيل أن يستردَّه من يد الكفيل؛ لأنه تعلَّقَ بالمؤدَّى حقُّ الطالب، وهو بالاسترداد يريدُ إبطاله فلا يُمَكَّنُ منه ما لم يقبض دينَه كالمسألة الأولى، صرَّح به في «المنح»(1)، و«الرمز»(2)، و«التبيين»(3)، وغيرها.

لكن صرَّح الشارح ﷺ بخلافه حيث قال: وهذا بخلاف ما إذا أدَّاه على وجه الرسالة؛ لأنه حينئذٍ تمحض أمانةً في يده. انتهى. فظهر أنه يمكن الاستردادُ للأصيل، وهكذا في «الهداية»(4)، وقال في «غاية البيان»: له ولاية الاسترداد. انتهى.

وقال في «الكفاية»(5) بعد ذكر المسألة: بخلاف ما إذا كان الدفع على وجه الرسالة

(1) «منح الغفار»(ق٢: ٨٦/أ - ب).

(2) «رمز الحقائق»(٢: ٧٥ - ٧٦).

(3) «تبيين الحقائق»(٤: ١٦١ - ١٦٢).

(4) «الهداية»(٣: ٩٣).

(5) «الكفاية»(٦: ٣٢٠ - ٣٢١).

وما رَبِحَ فيها الكفيلُ، فهو له، ولا يتصدَّقُ به

كما إذا عجَّلَ[1] أداء الزَّكاةِ للسَّاعي؛ لأنَّ الكفالةَ بأمرِ المكفولِ عنه انعقدت سبباً للدَّينين: دينِ الطَّالبِ على الكفيلِ، ودينِ الكفيلِ على المكفولِ عنه مؤجَّلاً إلى وقتِ أَدائِه، فإذا وُجِدَ السَّببُ وعجَّلَ صحَّ الأداءُ، وملكَهُ الكفيلُ، فلا يستردُّهُ المكفولُ عنه، وهذا بخلافِ ما إذا أدَّاه على وجه الرِّسالة؛ لأنَّه حينئذٍ تمحَّضَ أمانةً في يدِه.

(**وما رَبِحَ فيها الكفيلُ، فهو له، ولا يتصدَّقُ به**): أي إذا عامل الكفيلُ في الألفِ التي أدَّى الأصيلُ إليه ورَبِحَ فيها، فالرِّبْحُ له حلالاً طيباً، لا يَجِبُ تَصَدُّقُه لِمَا أنَّه ملكَهُ[2].

بأن قال المطلوب للكفيل: خذْ هذا المالِ وادفعْه إلى الطالب حيث لا يصير المؤدَّى ملكاً للكفيل، بل هو أمانةٌ في يده، لكن لا يكون للمطلوب أن يستردَّه من الكفيل؛ لأنه تعلّق بالمؤدَّى حقُّ الطالب، والمطلوب بالاسترداد يريد إبطال ذلك فلا يُقدَّر عليه، كذا في «الكافي».

لكن ذكر في «كتاب الكفالة» من «الكبرى»: قال الحسنُ بن زياد ﷺ وقال أبو الليث ﷺ: هذا إذا دفعه إلى الكفيلِ على وجهِ القضاء، أما إذا دفعَه على وجه الرسالة فله الاسترداد، وقال نجم الأئمة المكّي: واليه وقعت الإشارة في «باب الكفالة بالمال» من «الأصل» فإنّه [على] مال الكفيل يكون أميناً. انتهى.

وقال يعقوب باشا في «حاشية»(1) هذا الكتاب: والظاهر ما نقلَه صاحب «الكفاية»؛ لأنه أمانة محضة ويد الرسول كيدِ المرسل، وكأنّه لم يقتضه فلا يعتبر حقّ الطالب. انتهى. فتفكّر.

[1]قوله: **كما إذا عجَّلَ الزكاة**؛ ودفعها إلى الساعي، وكما إذا اشترى شيئاً بشرطِ الخيار ونقدَ الثمن قبل مضي مُدَّة الخيار، وهو أن يصيرَ زكاةً وثمناً عند مضي الحولِ ومضي مدّة الخيار.

[2]قوله: **إنه ملكه**؛ أي بالقبض فكان الربحُ بدلَ ملكه، وظاهره أنه لا يجبُ عليه التصدُّقُ به، ولا فرقَ بين أن يكونَ قضى الدينَ هو أو قضاه الأصيل، كما في «البحر»(2).

---

(1) «حاشية يعقوب باشا»(ق١١٥/أ).

(2) «البحر الرائق»(٦: ٢٥٥).

وربحُ كُرٍّ كفلَ به وقبضَهُ له، وردّهُ إلى قاضيه أحبُّ

(وربحُ كُرٍّ[1] كفلَ[2] به وقبضَهُ له، وردّهُ إلى قاضيه أحبُّ[3]).

قولُهُ: وربحُ كُرٍّ مبتدأٌ.

وله: خبرُهُ.

أي إن كانت الكفالةُ له بكُرِّ حنطةٍ، فأدّاهُ الأصيلُ إلى الكفيلِ، فباعَهُ الكفيل، وربحَ فيه، فالرِّبحُ له، لكن ردّه إلى قاضيه، وهو الأصيلُ أحبُّ

وهذا مقيَّدٌ بما إذا قبضَه على وجهِ القضاءِ كما تقدَّم، وأما إذا قبضَه على وجهِ الرسالةِ فلا يطيبُ له الربحُ على قولِهما؛ لأنه لا ملكَ له، وعند أبي يوسف ﷺ يطيب له، وأصل الخلاف في الربح بالدراهم المغصوبة.

[1]قوله: وربح كُرٍّ؛ أراد به ما يتعيَّن بالتعيين: كالحنطة والشعير، احترازٌ عمّا لا يتعيَّن فإن ربحَه يندب ردُّه على المطلوب، وهل يطيب للأصيل إذا ردَّه الكفيلُ عليه، قال في «البحر»(1) معزياً إلى «البناية»(2) إن كان الأصيلُ فقيراً طابَ له وإن كان غنياً، ففيه روايتان: والأشبه كما قال فخرُ الإسلام في «شرح الجامع الصغير»: إنه يطيب له؛ لأنه إنما ردَّه عليه؛ لأنه حقّه. انتهى.

[2]قوله: كفل به؛ قيَّدَ بالكفالة؛ لأن الغاصبَ إذا ربحَ وجبَ ردُّه على المالكِ ويجبرُ على الدفعِ له؛ لأنه لا حقَّ للغاصب في الربح، كذا في «البحر»(3).

وقال في «الفتح»(4): إن الغاصب إذا أجَّرَ المغصوبَ ثمّ ردَّه، فإن الأجّرَ له يتصدّقُ به أو يردّه إلى المغصوب منه. انتهى. ولا مخالفةَ بين هذا وبين ما تقدم؛ لأن ذلك في صورة ما اتجر في المغصوب المتعين وربحَ فيه، وهذا فيما أجّرَ العين المغصوبةَ فإنّه يملك الأجرَ بالعقد. كما صُرِّحَ به في الكتب المعتمدة.

[3]قوله: وردّه إلى قاضيه أحب؛ وهذا هو أحد الروايات عن الإمام، وهو الأصحّ، وعنه أنه لا يردّه، بل يطيب له، وهو قولهما؛ لأنه نماءُ ملكه، وعنه: إنه يتصدّق به كذا في «النهر» مُفصَّلاً.

---

(1) «البحر الرائق»(٦: ٢٥٦).

(2) «البناية»(٦: ٧٧٤).

(3) «البحر الرائق»(٦: ٢٥٦).

(4) «فتح القدير»(٦: ٣٢٢).

لكنَّه تمكن فيه خبثٌ بسبب أن[١] للأصيلِ حقٌّ استردادِه، على تقدير أن يقضي الأصيلُ الدَّينَ بنفسِه، فيكون حقُّ الأصيلِ متعلّقاً به، فهذا الخبثُ يعملُ فيما يتعيَّن بالتَّعيينِ[٢]: كالكُرِّ بخلاف ما لا يتعيَّنُ بالتَّعيينِ:

كالدَّراهمِ والدَّنانير، كما في المسألةِ السَّابقة، وهذا عند أبي حنيفةَ[٣] ﷺ، وأمَّا عندهما: لا يكون الرَّدُّ إلى قاضيه أحبّ إذ لا خبثَ فيه أصلاً.

[١]قوله: بسبب أن...الخ؛ وإذا كان كذلك كان الربحُ حاصلاً في ملك تردَّد بين أن يقرَّ وبين أن لا يقرّ، ومثل ذلك قاصرٌ فتَمَكَّن فيه شبهةُ الخبث. السبب الثاني لتمكُّنِ الخبث في الربح أن الأصيل قد رضي بكون المدفوعِ ملكاً للكفيل على اعتبار قضاء الكفيل، فإذا قضاه الأصيلُ بنفسِهِ لم يكن راضياً به.

[٢]قوله: يعمل فيما يتعيَّن بالتعيين؛ فيكون سبيلُه التصدُّق في روايةٍ، وردُّه عليه في روايةٍ؛ لأن الخبثَ بحقِّه، وهذا أصحُّ لكنّه استحبابٌ لا جبر؛ لأن الحقَّ له، كذا في «الهداية»(١).

ووجه ذلك: أنه لو كان الملك صحيحاً من كلِّ وجهٍ لا يؤمر بالتصدقِ والردِّ لا إيجاباً ولا استحباباً، ولو انعدم الملك أصلاً كان الربح خبيثاً، فإن كان صحيحاً من وجهٍ وفاسداً من وجهٍ أمرناه بالتصدق أو الردِّ على المالك استحباباً لا إيجاباً توفيراً على الشبهين حظهما، كذا في «الكفاية»(٢).

[٣]قوله: وهذا عند أبي حنيفة ﷺ؛ وهذا إذا أعطاه على وجه القضاء لدينه، وإن دفعَ إليه على وجهِ الرسالةِ لا يطيبُ له الربحُ بالاتفاق؛ لأنه لا يملكه ويتعلَّق العقدُ بعينه لتعيينه، فتكون الحرمةُ فيه حقيقةً كالمغصوبِ المتعيّن إذا ربح فيه بخلافِ ما لا يتعيَّن عند أبي يوسف ﷺ، كذا في «التبيين»(٣)، وغيره.

---

(١) «الهداية»(٣: ٩٤).

(٢) «الكفاية»(٦: ٣٢٢).

(٣) «تبيين الحقائق»(٦: ١٦٢).

كفيلٌ أمرَهُ أصيلُهُ بأن يتعيَّنَ عليه ثوباً ففعلَ، فهو له

(كفيلٌ أمرَهُ أصيلُهُ بأن يتعيَّنَ عليه ثوباً ففعلَ، فهو له): أي أمر الأصيلُ الكفيلَ بأن يشتري ثوباً بطريق العِينةِ[1]

[1]قوله: **بطريق العِينة**؛ قال العلامة الفَيوميُّ في «المصباح المنير»(١): العِينة: بالكسر السَّلف، واعْتَان الرجلُ اشترى الشيء بنسيئة، وبعتُه عيناً بعين: أي حاضراً، وعيَّنَ التاجر تعيناً، والاسم العِينة: بالكسر، وفسَّرها الفقهاءُ: بأن يبيعَ الرجلُ متاعَه إلى أجلٍ ثم يشتريَه بثمنٍ حال ليسلَمَ به من الربا.

وقيل لهذا البيع عينةٌ؛ لأن مشتري السِّلعةِ إلى أجلٍ يأخذُ بدلها عيناً: أي نقداً؛ وذلك حرامٌ إذا اشترطَ المشتري على البائع أن يشتريها منه بثمنٍ معلوم، فإن لم يكن بينهما شرطٌ فأجازها الشافعي ﷺ لوقوع العقدِ سالماً عن المفسدات، ومنعَها بعض المتقدِّمين، وكان يقول: هي أخت الرِّبا. فلو باعَها المشتري من غير بائِعها في المجلس، فهي منه أيضاً، لكنّها جائزة بالاتفاق. انتهى.

وقال الفقهاءُ: بيعُ العِينة: هو أن يقول له اشترِ من الناسِ حريراً أو غيرَه من الأنواع ثم بعْه، فما ربح البائعُ منك وخسرته أنت فعليَّ.

وصورته: أن يأتي هو إلى تاجر فيطلبَ منه القرض، ويطلبُ التاجرُ الربحَ، ويخافُ من الربا، فيبيعه التاجرُ ثوباً يساوي عشرة مثلاً بخمسة عشرَ نسيئةً؛ ليبيعه هو بالسوق ليصل إلى العشرة، ويجب عليه للبائع خمسةَ عشرَ إلى أجلٍ، أو يقرضَه خمسةَ عشرَ درهماً ثم يبيعَهُ المقرضُ ثوباً يساوي عشرةَ بخمسةَ عشرَ.

فيأخذُ الدراهمَ التي أقرضَه على أنها ثمنُ الثوب، فيبقى عليه خمسةَ عشرَ درهماً، فإذا فعلَ ذلك نفذَ عليه، والربح الذي ربحَه التاجر يلزمه، ولا يلزم الآمر شيئاً من ذلك؛ لأنه إمّا ضامنٌ لما يخسره نظراً إلى قوله: عليّ، والضمان بالخسران لا يجوز؛ لأن الضمانَ لا يكون إلا بمضمون وإمّا توكيلَه بالشراءِ نظراً إلى الآمر به، فلا يجوز أيضاً لجهالةِ الحرير وثمنه.

وقيل صورته: أن يشتريه بأكثرَ من قيمتِهِ ليبيعه بأقلَّ من ذلك الثمن بغير البائع،

(١) «المصباح المنير»(ص٤٤١).

....

....

ثـم يـشتريَه البـائعُ مـن ذلـك الغير بالأقـلِّ الـذي اشتراه به، ويدفعُ ذلك الأقلَّ إلى بائعِه، فيدفعه بائعُـه إلى المشتري المديـون تحرُّزاً عـن شـراءِ مـا بـاع بأقـلَّ ممّـا بـاع قبل نقد الثمن. ومنهم من صوَّر بغير ذلك.

وهـذا مكروهٌ مذمـومٌ شرعاً؛ لما فيه من الإعراض عن مبرَّة الإقراض، والبُخل المذمـوم، رُوِيَ أن محمّـداً ﷺ قـال: هـذا البيع في قلـبي كأمثال الجبال ذميم اخترعَه أكلةُ الـربا، وقـد ذمَّهـم الـشارعُ عليه، فقـال ﷺ: «إذا تبايعـتم بالعِينة واتبعتُم أذنـابَ الإبـل ذللتهم وظهرَ عليكم عدوَّكم»[1]: أي إذا اشتغلتم بالحرث عن الجهاد.

وفي روايـة: «سـلَّطَ عليكم شـرارَكم فيدعوا خيارَكم فلا يستجابُ لكم» وقيل: وإيّاك والعِينة فإنّها لعينةٌ، وقال أبو يوسف ﷺ: هذا البيع غيرُ مكروه؛ لأنه فعلَه كثيرٌ من الصحابة وحمدوا عليه، ذكره في «الفتح»[2].

ثـم قـال[3] مـا حاصلـه: إن الـذي يقـع في قلـبي أنه إن فعلـت صورةً يعودُ فيها إلى البـائع جميع مـا أخـرجَه أو بعـضَه كعود الثوبِ إليه في الصورةِ المارّة، وكعود الخمسةِ في صورةِ إقراض الخمسةَ عشرَ، فيكره يعني تحريماً.

فـإن لم يعـد كمـا إذا باعـه المديـون في الـسوق فـلا كراهيّة فيه، بل خلاف الأولى، فإن الأجل قابلَه قسط من الثمن والقرض غير واجب عليه دائماً، بل هو مندوب وما لم يرجعِ إليه العين التي خرجت منه لا يسمَّى بيع العِينة؛ لأنه من العين المسترجعة لا العين مطلقاً، وإلا فكلّ بيعٍ بيعُ العِينة. انتهى.

هـذا وإن طـال الكـلام لكـن لا يخلـو عـن كـشف المـرام، وهاهـنا مـباحث نفيسة تـركناها لغـرابة المقـام، وإن شئـت فارجـع إلى مبسوطات الفقهـاء الكـرام، والتوفيق من الملك العلاّم.

---

(١) في «سنن أبي داود»(٣: ٢٧٤)، و«سنن البيهقي الكبير»(٥: ٣١٦)، قال ابن حجر في «الدراية»(٢: ١٥١): إسناده ضعيف، وله عند أحمد إسناد آخر أجود.

(٢) «فتح القدير»(٦: ٣٢٤).

(٣) أي ابنُ الهُمام في «فتح القدير»(٦: ٣٢٤).

وما ربح بائعُهُ فعليه، ولو كَفِلَ بما ذابَ له، أو بما قَضَى له عليه، وغابَ أصيلُهُ، فأقام مُدَّعيه بيِّنةً على كفيلِهِ أن له على أصيلِهِ كذا ردَّتْ

وبيعُ العِينةِ: أن يستقرضَ[1] رجلٌ من تاجرٍ شيئاً، ولا يقرضُهُ قرضاً حسناً، بل يعطيه عيناً، ويبعها من المستقرضِ بأكثر من القيمة، فالعينةُ مشتقةٌ من العينِ سمِّي بها؛ لأنَّه إعراضٌ عن الدَّينِ إلى العينِ، فالأصيلُ أمر كفيلَهُ بأن يشتري ثوباً بأكثرَ من القيمةِ ليقضي به دينَهُ ففعل، فالثَّوبُ للكفيلِ؛ لأن هذه وكالة فاسدة[2] لعدمِ تعيُّن الثُّوبِ والثَّمن.

(وما ربح بائعُهُ فعليه): أي إذا اشترى الثُّوبَ بخمسةَ عشر، وهو يساوي عشرةَ، فباعَهُ بالعشرةِ، فالرِّبْحُ الذي حصلَ للبائعِ، وهو الخمسةُ التي صارتْ خسراناً على الكفيلِ، فعلى الكفيل؛ لأنَّ الوكالةَ لَمَّا لم تصحَّ صارَ كأنَّه قال له: إن اشتريتَ ثوباً بشيءٍ، ثُمَّ بعتَهُ بأقلَّ من ذلك فأنا ضامنٌ لذلك الخسرانِ، فهذا الضَّمانُ ليس بشيءٍ.

(ولو كَفِلَ[3] بما ذابَ له، أو بما قَضَى له عليه، وغابَ أصيلُهُ، فأقام مُدَّعيه بيِّنةً على كفيلِهِ أن له على أصيلِهِ كذا ردَّتْ)

---

[1]قوله: **أن يستقرض...**الخ؛ قال في «فتح القدير»(1): وأمَّا تفسيره بأن يستقرض من تاجر...الخ، فلا يصحُّ هذا إذ ليس المراد من قوله: تعيَّنَ عليَّ حريرا اذهب فاستقرض، فإن لم يرض المسؤول أن يقرضك فاشترِ منه الحريرَ بأكثر من قيمتِه، بل المقصود اذهب فاشتر على هذا الوجه. انتهى. وهذا بحثٌ دقيقٌ فانظر فيه.

[2]قوله: **وكالة فاسدة**؛ أمَّا كونه وكالة؛ فلأنه أمرَه بالشراءِ على وجهٍ مخصوص، وأمّا فسادها؛ فلجهالة الثوب، فإن الثوب أجناسٌ مختلفةٌ ولم يعيِّن نوعاً منه؛ ولجهالةِ الثمن فإن بيعَ العِينة لا يتحقّق إلاَّ بازدياد الثمن من قيمةِ السلعة، وتلك الزيادة مجهولة، فإن كان الدين معلوماً وقدر الدين مع تلك الزيادة ثمن السلعة فيكون الثمنُ مجهولاً.

[3]قوله: **ولو كَفِلَ بما ذاب...** الخ؛ حاصله: أنّ رجلاً لو كَفِلَ عن رجلٍ آخر بما وجبَ لفلانٍ على ذلك الرجل أو كَفِلَ عن رجلٍ بما قضى لفلانٍ على ذلك الرجل،

---

(1) «فتح القدير»(6: 323).

لأنَّـهُ[1] إذا أقـامَ البيِّنةَ أن له على أصيلِه ، ولم يتعرَّضْ لقضاءِ القاضي به لا يجبُ على الكفيل ؛ لأنَّـه كَفِـلَ بما قضى القاضي به ، ولم يوجدْ هذا في الكفالةِ بما قضى له عليه ظاهر ، وكذا بما ذابَ له عليه ؛ لأن معناه تقرَّرَ ، وهو بالقضاء.

فغابَ المطلوبُ أعني المكفولَ عنه ، وأقام المدَّعي البيّنة على أن له على المطلوب ألفاً مثلاً رُدَّت البيّنة حتى يحضرَ الغائبُ فيقضى عليه.

[1]قوله : لأنـه...الخ ؛ توضيحه : أنه إنّما كَفِل عنه بمالٍ مقتضىً بعد الكفالة ؛ لأنه جعـل الذوب شرطاً ، والشرطُ لا بُدّ من كونه مستقبلاً على خطرِ الوجود ، فما لم يوجد الـذوب بعـد الكفالـة لا يكـون كفيلاً ، والبيّنةُ لم تـشهدْ لقـضاءِ دين وجب بعد الكفالة ، فلـن تقـم على مَـن اتّـصفَ بكـونه كفيلاً عـن الغائـب ، بـل علـى أجنبيّ ، وهذا في لفظ القضاء ظاهر.

وكـذا في ذاب ؛ لأن معناه تقرَّر ووجـب ، وهـو بالقضاءِ بعد الكفالة حتى لو دعا أنّي قدمت الغائب إلى قاضي كذا ، وأقمت عليه بيّنة ، هكذا بعد الكفالةِ وقضى لي عليه بـذلك ، وأقام البيّنة على ذلك صار كفيلاً وصحّت الدعوى ، وقضى على الكفيل بالمال ليصر ورثتُه خصماً عـن الغائـب سـواء كانت الكفالةُ بأمره أو لا ، إلاّ أنه إذا كانت بغير أمره يكون القضاءُ على الكفيل خاصّة ، كذا في «الفتح»(١).

وقـال صـاحبُ «البحـر»(٢) : وجـزمهم بهـذا بعـدم القـبول ينبغـي أن يكـون علـى الـرواية الـضعيفة ، أمّا علـى أظهر الـروايتين المفتى به من نفاذِ القضاءِ على الغائبِ ينبغي النفاذ ، ولم أر مَن نبَّه عليه هاهنا. انتهى.

وفـيه نظر ؛ فإن المفتى به نفاذُ القضاء على الغائب من حاكمٍ يراه كشافعيٍّ حتى لو رفـعَ حكمَـه إلى الحنفـيِّ نفـذَه كمـا حـرَّرَه صـاحبُ «البحـر»(٣) نفسُه في (كتاب القـضاء) وكلامَهـم هاهنا في الحـاكم الحنفي ، فإن حكمَه ينفذُ لِمَا علمتَه من عدم الخصم ، كذا في «ردّ المختار»(٤).

---

(١) «فتح القدير»(٦ : ٣٢٤ - ٣٢٥).

(٢) «البحر الرائق»(٦ : ٢٥٧).

(٣) «البحر الرائق»(٢٢ : ٧).

(٤) «رد المحتار»(٤ : ٢٨٠).

وإن أقامَ بيِّنةً على أن له على زيدٍ كذا، وهذا كفيلُهُ بأمرِهِ قضى به عليهما

(وإن أقامَ[١] بيِّنةً على أن له على زيدٍ كذا، وهذا كفيلُهُ بأمرِهِ قضى به عليهما[٢])، هذا ابتداءُ مسألةٍ لا تعلُّقَ له بما سَبَقَ، وهو الكفالةُ بما ذابَ له، أو بما قضى له عليه، صورةُ المسألةِ أقامَ رجلٌ بيِّنةً أن له على زيدٍ ألفاً، وهذا كفيلُهُ بهذا المالِ بأمرِهِ قضى عليهما، ففي هذه الصورةِ قد كَفِلَ بهذا المالِ من غيرِ التَّعرُّضِ لقضاءِ القاضي بخلافِ المسألةِ المتقدِّمةِ، فإذا قضى عليهما يكونُ للكفيلِ حقُّ الرُّجوعِ[٣] على الأصيل

[١]قوله: **وإن أقام**...الخ؛ حاصله أن رجلاً قد أحضر شخصاً عند القاضي فأقام البيّنةَ أن له على زيدٍ الغائبِ ألف درهمٍ وأن هذا الشخص كفيل عنه بأمره، قُبِلَت البيِّنة وقضى الأصيل والكفيل جميعاً، ففي هذه المسألة قيودٌ معتبرةٌ:

الأوّل: أن الكفالة مقيّدةً بهذا المال.

والثاني: أن هذا المالَ المكفول به غيرُ مقيّدٍ بأنه قضى به على المكفول عنه بعد الكفالة، بل هو مال مطلق، وبهذا القدر تمتازُ هذه المسألةُ عن المسألةِ السابقة إذ المكفول بهذا مقيّدٌ بقضاءِ القاضي.

والثالث: أن هذه الكفالةَ مقيّدةٌ بأنّها بأمر الأصيل إذ الأمر يتضمّن الإقرارَ بالمال فيصيرُ مقضياً عليه، وأمّا إذا لم يكن بأمره، فهي لا تتضمن الإقرار، فالقضاءُ على الكفيل لا يتضمَّن القضاءُ على الأصيل، وإليه أشار بقوله: وفي الكفالة بلا أمر على الكفيل فقط.

[٢]قوله: **قضى به عليهما**؛ فإن قيل: كيف يقضي على الغائبِ إذا كانت الكفالةِ بأمره والقضاءُ على الغائبِ لا يجوزُ عندنا.

قلنا: إذا لم يتوصَّل إلى حقّه على الحاضرِ إلا بإثباته على الغائب يجوزُ القضاءُ على الغائب. كما إذا ادَّعى عبدٌ أن الحاضرَ اشتراهُ من مولاه الغائب، ثم أعتقه فأنكرَ الحاضرُ الشراءَ والإعتاقَ، كان الحاضرُ خصماً عن مولاه حتى إذا أثبت العبدُ الشراءَ والعتقَ نفذَ على الغائب، حتى إذا حضرَ ليس له أن يدَّعيه، كذا في «الرمز»(١)، و«التبيين»(٢).

[٣]قوله: **حقّ الرجوع على الأصيل** بلا إعادة بيّنة عليه إذا حضرَ؛ لأنه صار مقضياً عليه ضمناً.

---

(١) «رمز الحقائق»(٢: ٧٧).

(٢) «تبيين الحقائق»(٤: ١٦٤).

وفي الكفالةِ بلا أمرِهِ قضى على الكفيلِ فقط، ولو ضَمِنَ الدَّرَك بطلَ دعواهُ بعدَهُ

وهذا عندنا، وعند زُفَرَ ﷺ لا يَرْجِعُ عليه؛ لأنَّه لَمّا أنكرَ كان زعمُهُ أن هذا الحقَّ غيرُ ثابتٍ بل المدَّعي ظلمَهُ، فلا يكونَ له أن يظلمَ غيرَهُ.

قلنا: الشَّرعُ كذَّبَهُ[١] فارتفعَ إنكاره.

(**وفي الكفالةِ بلا أمرِهِ قضى على الكفيلِ فقط**): أي أقامَ البيِّنةَ على أنَّه كفيلُهُ بلا أمرِهِ يقضي القاضي بالمالِ على الكفيلِ فقط[٢].

(**ولو ضَمِنَ الدَّرَك[٣] بطلَ دعواهُ بعدَهُ**): لأنَّه ترغيبٌ للمشتري في الشَّراءِ، فيكونُ بمنزلةِ الإقرار بملكِ البائع، فلا تصحُّ دعوى ملكيَّته.

---

[١]قوله: **الشرع كذَّبه**؛ وهذا كمَن اشترى شيئاً وأقرَّ أن البائعَ باعَ ملكَ نفسه، ثمّ جاء إنسانٌ واستحقَّه بالبيِّنه لا يبطلُ حقُّه في الرجوع على البائعِ بالثمن؛ لأنه صارَ مكذَّباً شرعاً، كذا في «الكفاية»[١].

[٢]قوله: **على الكفيل فقط**؛ ولا يقضي على الغائب؛ لأن المدَّعى هاهنا مالٌ مطلقٌ فأمكن إثباته بخلافِ ما تقدَّم، فإنّه مقيَّدٌ بكون المالِ مقضياً به على الأصيل، وإنّما يختلفُ الحكم بالأمر وعدمه؛ لأنهما يتغايران؛ لأن الكفالةَ بأمره تبرُّعٌ ابتداءً ومعاوضة انتهاءً، وبغير أمره تبرُّعٌ ابتداءً وانتهاءً.

فالقضاءُ بأحديهما لا يكون قضاءً بالآخر إذا قضى بها بالأمر ثبت، وهو يتضمَّنُ الإقرارَ بالمالِ فيصيرُ مقضياً عليه، والكفالةُ بغير أمره لا يمسُّ جانبَه؛ لأن صحَّتَها تعتمدُ قيام الدين في زعمِ الكفيل، فلا يتعدَّى إليه. كذا قالوا.

[٣]قوله: **ولو ضمن الدرك...**الخ؛ صورته: أنه باع داراً فكفلَ رجلٌ للمشتري عن البائع بالدرك، وهو ضمان الثمن عند استحقاق المبيع، فكفالتُه تسليمٌ للمبيع، وإقرار منه أنه لا حقّ له فيها حتى لو ادَّعى بعد ذلك أن الدار ملكَه، أو ادّعى فيها الشفعةَ، أو الإجارةَ لا تسمعْ دعواه؛ لأن الكفالةَ لو كانت مشروطةً فتمامه بقبوله، وهو شرط ملائم للعقد إذ الدرك يثبت بلا شرطِ الكفالة، فالشرطُ يزيده.

ثمّ بالدعوى يسعى في نقضِ ما تَمَّ من جهته، وهو باطلٌ؛ ولهذا لو كان الكفيلُ

---

(١) «الكفاية»(٦: ٣٢٧ - ٣٢٨).

ولو شَهِدَ وخَتَمَ لا ، قالوا : إن كُتِبَ في الصَّكِ

(ولو شَهِدَ[١] وخَتَمَ لا[٢]) : وإنّما قال : وختم لأنَّ المعهودَ في الزَّمانِ السَّابقِ كان الختمُ في[٣] الشَّهاداتِ صيانةً عن التَّغييرِ والتَّبديل.

(قالوا : إن كُتِبَ[٤] في الصَّكِ

شفيعاً بطلَت شفعتُه ، ولا يردُّ عليه بالإقالة ، فإنها فسخ لا نقض ، فإن النقضَ لا يكون إلا بغير رضاء الخصم ، وإن لم تكن مشروطةً فيه ، فالمراد بها تمامُ البيع وأحكامُه بأن لا يرغب فيها المشتري إلا بالكفالةِ خوفاً من الاستحقاق ، فيكون إقراراً منه بأن البائعَ مالكَها وقت البيع ، فلا تصحّ دعواه بعد ذلك.

[١]قوله : ولو شهد وختم لا ؛ يعني لو كتب شهادتَه في صكّ الشراءِ وختمَ على ذلك الصكّ ، ثم ادّعى الشاهدُ بعد ذلك أن الدارَ له فلا تبطلُ دعواه ، بل تسمع ولا تكون كتابةُ الشاهد على الصكّ وختمه تسليماً وإقراراً بأن المبيعَ ملك البائع ؛ لأن الشهادةَ لا تكون مشروطةً بالبيع لعدم الملائمة ، والإقرار بالملك.

فإن البيعَ قد يوجد من المالك وقد يوجد من غيره ، ويحتمل أنه كتب الشهادةَ ليحفظَ الواقعةَ أو لينظر في البيع حتى إذا رأى فيه مصلحةً أجازَه ، وليس فيه ما يدلُّ على نفاذِه بخلاف ضمان الدَّرك ، فإنّه إقرار بملك البائع.

[٢]قوله : لا ؛ أي لا تبطل دعواه إلاّ إذا شهدَ عند الحاكم بالبيع ، وقضى بشهادته أو لم يقض يكون تسليماً ، حتى لا تسمع دعواه بعد ذلك ؛ لأن الشهادة بالبيع على إنسان إقرارٌ منه بنفاذِ البيع باتفاقِ الروايات ؛ لأن العاقلَ يريدُ بتصرُّفه الصحّة ، فيصيرُ كأنه قال : باع وهو يملكه ، أو باع بيعاً باتّاً نافذاً ، كذا في «التبيين»(١).

[٣]قوله : كان الختم...الخ ؛ فإنهم كانوا يختمون بعد كتابه أسمائهم على الصكّ خوفاً من التغيير والتزوير ، والحكم لا يختلف ، كذا في «المنح»(٢) ، وقال في «النهر» : ولم أر لو تعارفوا رسم الشهادة بالختم فقط ، والذي يجب أن يعوّلَ عليه اعتبارُ المكتوبِ في الصكّ ، فإنّ فيه ما يفيدُ الاعتراف بالملك ، ثم ختم كان اعترافاً به ، وإلاّ لا. انتهى.

[٤]قوله : كتب ؛ فعلٌ مبنيٌّ للمفعول ونائب فاعله قوله : باع ملكه مع معطوفه ،

(١) «تبيين الحقائق»(٤ : ١٦٥).

(٢) «منح الغفار»(ق٢ : ٨٧/ب).

باعَ مِلكَهُ أو بيعاً باتاً نافذاً، وهو كتبَ شَهِدَ بذلك بطلَتْ، ولو كتبَ شهادتَهُ على إقرارِ العاقدينِ لا

باعَ مِلكَهُ أو بيعاً باتاً[1] **نافذاً، وهو كتبَ شَهِدَ بذلك بطلَتْ)**: أي بطلَتْ دعواهُ بعد هذه الشَّهادةِ؛ لأنَّ شهادتَهُ تكونُ إقراراً بأنَّ البائعَ قد باعَ مِلكَهُ، أو باعَ بيعاً باتّاً نافذاً، فإذا ادَّعى الملكُ لنفسِهِ يكونُ مناقضاً[2]

(ولو كتبَ شهادتَهُ على إقرارِ العاقدينِ لا)(١): أي لا يبطلُ دعواهُ بعد هذه الكتابةِ؛ لعدمِ التَّناقضِ[3].

وهو قوله: بيعاً باتاً نافذاً؛ فإن المرادَ به اللفظ دون المعنى.

[1]قوله: **باع ملكه أو بيعاً باتاً**؛ فهذا احترازٌ عمَّا لو كتب شهادتَه في الصكّ ببيع مطلق عن قيدِ الملك وكونه نافذاً. كما تقدم.

[2]قوله: **يكون مناقضاً**؛ بخلاف مجرَّدِ الكتابةِ في الصكّ؛ لأنه لا يتعلَّق به حكم وإنّما هو مجرَّد إخبار، ولو أخبرَ بأن فلاناً باعَ له شيئاً كان له أن يدَّعيه، كذا في «التبيين»(٢).

[3]قوله: **لعدم التناقض**؛ فإنّه لا يكون تسليماً إذ لا يتعلَّق به حكم، وإنّما هو مجرّد اخبار، ولو أخبر أن فلاناً باعَ شيئاً كان له أن يدَّعيه كما مرَّ آنفا.

---

(١) لأنه مجرد إخبار فلا تناقض. ينظر: «الدر المنتقى»(٢: ١٤١).

(٢) «تبيين الحقائق»(٤: ١٦٤).

فصل في الضمان

ولو ضَمِنَ العُهدةَ، أو الخلاصُ

فصل في الضمان

(ولو ضَمِنَ العُهدةَ[1]): أي اشترى رجلٌ ثوباً، فَضَمِنَ آخرُ بالعُهدة، فالضَّمانُ باطلٌ؛ لأنَّ العهدةَ[2] قد جاءتْ لمعانٍ:

١. للصَّكِّ القديمِ.

٢. وللعقدِ وحقوقِه.

٣. وللدَّرك.

فلا يثبتُ أحدُ المعاني بالشَّكِّ.

(أو الخلاصُ)

---

[١]قوله: **العُهدة**؛ بالضم: نبشته سوكند وهمان ونبشته خريد وفروخت وتاوان يقال في الأمر عهدة. كذا في «منتهى الارب».

[٢]قوله: **لأن العُهدة**...الخ؛ حاصله: أن العهدةَ اسم مشتركٌ:

١. قد يقعُ على الصكِّ القديم؛ لأنه وثيقةٌ بمَنْزلة كتابِ العُهدة، وهو لملك البائع ولا يلزمُه التسليم، فإذا ضَمِنَ تسليمَه إلى المشتري فقد ضَمِنَ ما لا يقدر عليه، فلا يصحُّ.

٢. وقد يقعُ على العقد؛ لأنه مأخوذٌ من العهد، والعهدُ والعقدُ واحد.

٣. وقد يقعُ على حقوقِ العقد؛ لأنها من ثمرات العقد.

٤. وقد يقعُ على خيار الشرط، كما جاء في الحديث: «عهدة الرقيق ثلاثة أيّام»[1]: أي خيار الشرط فيه.

٥. وقد يقعُ على الدرك.

فتعذَّرَ العمل بها قبل البيان، فبطلَ الضمان بخلاف الدرك، فإن ضمانَه صحيحٌ؛ لأنه عبارةٌ عن ضمانِ الثمنِ عند استحقاق المبيع، وهو معلومٌ مقدورُ التسليم.

فإن قيل: ينبغي أن يصرفَ إلى ما يجوزُ الضمان به، وهو الدَّرك تصحيحاً لتصرُّفه.

---

(1) في «سنن أبي داود»(٣: ٢٨٤)، و«سنن ابن ماجة»(٢: ٧٥٤)، و«المستدرك»(٢: ٢٥)، قال الكناني في «مصباح الزجاجة»(٣: ٢٩): هذا إسناد رجاله ثقات.

أو المضاربُ الثَّمنَ لربِّ المال، أو الوكيلُ بالبيع لموكِّلِه

أي إذا ضَمِنَ الخلاصَ فلا يصحُّ عند أبي[1] حنيفةَ ﷺ، وهو أن يشترطَ أن المبيعَ إن استحقَّ يخلِّصَهُ ويسلِّم عينَهُ إليه بأيِّ طريقٍ كان، وهذا باطلٌ إذا لا قدرةَ له على هذا[2].

وعندهما يصحُّ، وهو محمولٌ على ضمانِ الدَّرَك.

(أو المضاربُ الثَّمنَ لربِّ المالِ): أي باعَ المضاربُ، وضَمِنَ الثَّمنَ لربِّ المال.

(أو الوكيلُ بالبيع لموكِّلِه): أي باعَ الوكيلُ وضَمِنَ للموكِّل الثَّمنَ، وإنَّما لا يجوزُ[3]

قلنا إنّما لم يصرف إليه؛ لأن فراغ الذمّة أصل فلا يثبت الشغل بالشكّ والاحتمال. هكذا قالوا.

[1]قوله: عند أبي حنيفة ﷺ؛ والخلافُ مبنيٌّ على تفسيره، فهما فسَّراه: بتخليص المبيع إن قدر عليه وردِّ الثمن إن لم يقدر عليه، وهذا ضمانُ الدَّركِ في المعنى، وفسَّره الامام: بتخليص المبيع فقط ولا قدرة له. كذا في «النهر».

ولو ضمن تخليصَ المبيع أو ردَّ الثمن جاز؛ لأنه ضَمِنَ ما يملكُ الوفاءُ به، وهو تسليمُ المبيع إن أجاز المستحقُّ المبيعَ وردَّ الثمن إن لم يجز، كذا في «الرمز»(1).

[2]قوله: إذ لا قدرة له على هذا؛ لأنه إن ظهر مستحقّاً فربّما لا يساعده المستحقُّ، أو حُرّاً فلا يقدرُ مطلقاً، والتزام ما لا يقدر على الوفاءِ به باطل، كذا في «الكفاية».

[3]قوله: وإنّما لا يجوز...الخ؛ حاصلُه إن لعدم جوازِ الكفالة في هاتين الصورتين وجهين:

أحدُهما: إن الثمنَ أمانة في يدِ المضاربِ والوكيل، فيكونان أمينين، والأمينُ لا يكون ضامناً، فالضمانُ تغييرُ حكم الشرع، والعبدُ لا يقدرُ عليه، فيرد الضمانُ على كلِّ واحد منهما كاشتراطه على المودَع والمستعير.

والثاني: إن الكفالةَ التزامُ المطالبة، وحقُّ المطالبةِ للمضاربِ والوكيل، فإن حقَّ القبضِ إلى الوكيل والمضارب بجهةِ الأصالة في البيع؛ ولهذا يبطل الوكالة بموت الموكِّل وبموت ربِّ المال وبعزلِه، ولو وُكِّلَ الموكِّلُ أو ربُّ المال بقبضِ الدين ثم عزلَه صحَّ

(1) «رمز الحقائق»(٢: ٧٥).

أو أحدُ البائعينِ حصّةَ صاحبِهِ من ثَمنِ عبدٍ باعاهُ بصفقةٍ بطل

١. لأنَّ الثَّمنَ أمانةٌ عند المضاربِ والوكيل، فالضَّمانُ تغييرُ حكمِ الشَّرع.

٢. ولأنَّ حقَّ المطالبةِ للمضارب والوكيل، فيصيرانِ ضامنينِ[1] لنفسهما.

(أو أحدُ البائعينِ[2] حصّةَ صاحبِهِ من ثَمنِ عبدٍ باعاهُ بصفقةٍ بطل

عزلُه؛ لأن الثمنَ وجب للوكيل أو للمضارب على المشتري إذ حقوق العقد راجعةٌ إلى العاقد.

وكذا المضاربُ لو وكَّلَ ربُّ المالِ لقبض الثمن له عزلُه؛ لأنه العاقدُ فترجع الحقوقُ إليه، والعاقدُ لغيره في حقِّ الحقوقِ كالعاقدِ لنفسه؛ ولهذا اختصَّت المطالبةُ به، ولو حلفَ المشتري ما للموكِّل عليه شيء كان باراً في يمينه، ولو حلف ما للوكيل عليه شيئاً حنث، فإذا ثبت أن الوكيلَ أصيلٌ في القبض، فإذا ضمن صار ضامناً لنفسه، فلا يجوز.

[١]قوله: **فيصيران ضامنين**؛ بخلاف الرسول والوكيل ببيع الغنائم من جهة الإمام والوكيل بالتزويج حيث يصحُّ ضمانهم؛ لأن كلّ واحد منهم سفيرٌ ومعبِّرٌ حتى لو نهاهم الآمر عن قبض البدل صحَّ نهيه.

[٢]وله: **أو أحد البائعين**...الخ؛ صورته: أن رجلين باعا عبداً مشتركاً بينهما من رجلٍ صفقةً واحدةً وضَمِن أحدُهما لشريكِه نصيبَه من الثمنِ لا يجوز؛ نعم لو أدّى نصيبَ شريكه بلا سبق ضمان جاز، ولا يرجع بما أدّى بخلاف صورة الضمان، فإنه يرجعُ بما دفع إذ قضاه على فساد، كذا ذكره في «رد المختار»[1] نقلاً عن «جامع الفصولين»[2].

وكذا لا يجوز الكفالةُ لكلِّ شريك بدينٍ مشتركٍ مطلقاً، ولو بإرث كما أن رجلين لهما على رجلٍ دينٌ فكَفِل أحدُهما لصاحبه الحصّةَ من الدين لا تصحّ كفالتُه، ولو تبرَّعَ أحدُهما بأداء نصيبِ صاحبِهِ من الدينِ كان جائزاً.

وكما أن الرجلَ إذا مات وله دين على رجل وترك ابنين، فكفل أحدُهما لأخيه عن المديون بحصّة أخيه لا تصحُّ الكفالةُ، ولو تبرَّعَ أحدُهما فأدَّى حصّةَ صاحبه من

---

(١) «رد المحتار»(٤: ٢٧٠ - ٢٧١).

(٢) ينظر: «جامع الفصولين»(٢: ٧٤).

وبصفقتين صحَّ، كضمان الخراج

وبصفقتينِ[١] **صحَّ)**: أي باعا عبداً صفقةً واحدةً، وضَمِنَ أحدُهما لصاحبِهِ حصّتَه من الثَّمنِ لا يصحّ؛ لأنه لو صحَّ الضَّمانُ مع الشّركةِ يصيرُ ضامناً[٢] لنفسِه، ولو صحَّ في نصيبِ صاحبِهِ يؤدِّي إلى قسمةِ الدَّين قبل قبضِه، وذا لا يجوزُ[٣] بخلافِ ما لو باعاهُ بصفقتينِ[٤]، فإنَّه يصحُّ الضَّمانُ؛ لأنَّه لا شركة[٥].

(كضمان الخراج[٦]

الدين صحّ، كذا في «الخانية»(١)، وغيرها.

[١]قوله: **بصفقتين صحّ**؛ صورته: أن رجلين باعَ كل واحدٍ منهما نصفَه بعقد على حدة، ثم ضمن أحدهما لصاحبه حصّته من الثمن صحّ الضمان.

[٢]قوله: **يصير ضامناً**؛ إذ ما من جزءٍ يؤدِّيه المشتري أو الكفيلُ من الثمن الأول لشريكه فيه نصيب.

[٣]قوله: **وذا لا يجوز**؛ لأن القسمةَ عبارةٌ عن الإفرازِ والحيازة، وهو أن يصيرَ حقُّ كلِّ واحدٍ منهما مفرزاً في حيزٍ على حدة، فهو لا يتصوَّر في غير العين؛ لأن الفعل الحسيّ يستدعي محلاً حسيّاً، والدين حكمي، فلا يرد عليه الفصل الحسيّ.

فإن لم تصحّ قسمتُه يكون كلُّ شيءٍ يؤدِّيه إلى شريكِهِ مشتركاً بينهما، فيرجعُ المؤدِّي بنصفِ ما أدَّى لكونه مشتركاً بينهما، ثم يرجع أيضاً بنصف الباقي إلى أن لا يبقى في يدِه شيء، فيؤدِّي تجويزَه ابتداءً إبطالَه انتهاءً، كذا في «التبيين»(٢).

[٤]قوله: **بصفقتين**؛ قد اعتبروا هاهنا لتعددِ الصفقةِ تفصيلَ الثمن، وذكروا في البيوع أنما هذا قولهما، وأمّا على قوله فلا بُدّ من تكرار لفظ: بعت، كذا في «البحر»(٣)، وغيره.

[٥]قوله: **لأنه لا شركة**؛ فإنّه إذا تعددت الصفقة فما وجب لكلٍّ واحد منهما بعقده يكون له خاصَّة بلا شركة.

[٦]قوله: **الخراج**؛ قيل المرادُ به الخراجُ الموظَّف: وهو الذي يَجِبُ في الذمّة بأن

---

(١) «الفتاوى الخانية»(٣: ٦٩).

(٢) «تبيين الحقائق»(٤: ١٦٠).

(٣) «البحر الرائق»(٦: ٢٥٣).

والنَّوائبِ والقسمةِ

والنَّوائبِ[١] **والقسمةِ)**: أي صحَّ ضمانُ هذه الأشياءُ.

أمَّا الخراجُ فقد مرَّ.

يوظِّفَ الإمامُ كلَّ سنةٍ في مال على ما يراه لإخراج المقاسمة، وهو الذي يقسمُه الإمامُ من غلّة الأرض؛ لأنه غير واجب في الذمّة، كذا في «الرمز»(١)، وغيره.

وظاهر المتن أن المعتمد الإطلاق، ومن ثم أطلقَه صاحبُ «الكنز»(٢)، وقال في «البحر»(٣): أطلقَه فشملَ الخراجَ الموظَّفَ وخراجَ المقاسمة؛ لأنه لم يكن ديناً في الذمّة، والرهنُ كالكفالة بجامع التوثيق، فيجوز في كلِّ موضعٍ تجوز الكفالة فيه. كذا ذكره الشارح - يعني الزَّيْلَعِيّ ﷺ(٤) - وهو منقوض بالدَّرَك، فإن الكفالةَ به جائزةٌ دون الرهن. انتهى.

واستدلوا على صحّةِ ضمانِ الخراج بأنه دينٌ مضمونٌ حقّاً للعبد يطالبُ به ويحبس، فصار ضمانه كسائر الديون، وهذا التعليل اعتمدوه جميعاً، فيدلُّ على اختصاص الخراج المضمون بالموظّف.

أمّا خراجُ المقاسمة فجزءٌ من الخراج، وهو عينٌ غيرُ مضمون حتى لو هلك لا يوخذُ شيء، والكفالةُ بأعيانٍ غير مضمونةٍ لا تجوز كالزكاة في الأموال الظاهرة؛ ولهذا قيَّد الخراجَ المضمون بالموظّفِ صاحب «الفتح»(٥)، وقال صاحب «الكفاية»(٦): المراد به الخراج الموظّف.

[١]قوله: **النوائب**؛ هو جمع نائبة، وهي النازلة، كذا في «المصباح»(٧)، وقال في «منتهى الأرب»: نائبة مصيبت وكار وشوار نوائب جمع. انتهى. وفي الاصطلاح ما أشار إليه الشارح ﷺ بقوله: فهي إمّا بالحقِّ... الخ.

---

(١) «رمز الحقائق»(٢: ٧٧).

(٢) «كنز الدقائق»(ص١١٢).

(٣) «البحر الرائق»(٦: ٢٥٩).

(٤) في «تبيين الحقائق»(٤: ١٦٥).

(٥) «فتح القدير»(٦: ٣٣٢).

(٦) «الكفاية»(٦: ٣٣٢).

(٧) «المصباح المنير»(ص٦٢٩).

....

وأمَّا النَّوائبُ: فهي إمَّا بحقٍّ ككري النَّهْرِ، وأجرِ الحارس، وما يُوظَّفُ لتجهيز الجيش، وغير ذلك

[١]قوله: أما النوائب...الخ؛ حاصله أن النوائب:

١. قيل: أراد بها ما يكون بحقٍّ كأجرةِ لحارس، وكريٍّ النهر المشترك، أو المال لموظّف: كتجهيز الجيش وفداء الأسرى.

٢. وقيل: المراد بها ما ليس بحقٍّ كالجبايات التي في زماننا يأخذُها الظلمة بغيرِ حقٍّ.

فإن كان المرادُ به هو الأوّل جازت الكفالة بها اتفاقاً؛ لأنه واجب مضمون.

وإن كان المراد به الثاني، ففيه اختلاف المشايخ:

١. فقال بعضُهم: لا تجوز الكفالة، ومنهم صدر الإسلام البَزْدَوِيّ ﷺ؛ لأنها ضمٌّ ذمّة إلى ذمّة في المطالبة أو الدين، وهاهنا لا مطالبة ولا دين شرعيان على الأصيل فلم يتحقّق معناها.

٢. وقال بعضُهم: تجوز؛ منهم فخرُ الإسلام البَزْدَوِي ﷺ أخو صدر الإسلام ﷺ المتقدِّم؛ لأنها في المطالبة مثل سائر الديون، بل فوقَها، والعبرةُ للمطالبة؛ لأنها شُرِعَت لالتزامهما، والمطالبة الحسيّة كالمطالبةِ الشرعيّة؛ ولذا قلنا مَن قام بتوزيع هذه النوائب على المسلمين بالقسط: أي العدل يؤجرُ وإن كان الآخذُ بالأخذِ ظالم.

وقلنا: مَن قضى نائبةَ غيرِه بأمرِه رجعَ عليه، وإن لم يشترط الرجوع وهو الصحيح، كما في «الخانية»[1] كمَن قضى دين غيره بأمره.

وفي «العنايه»[2]: قال شمسُ الأئمة ﷺ: هذا إذا أمره به لا عن إكراه أما إذا كان مكرهاً في الأمر فلا يعتبرُ أمرُهُ بالرجوع.

[٢] قوله: ككري النهر...الخ؛ نحو أن يقضي القاضي بكري نهر مشتركٍ بينَه وبين غيرِه شركةً خاصّةً، فأبى واحدٌ منهم من الكري، وأنفق شريكه بأمرِ القاضي، يصيرُ حصَّته الآبي ديناً في ذمّته، فتصحُّ الكفالة بها؛ لأنه كفل بما هو مضمونٌ على الأصيل.

---

(١) «الفتاوى الخانية»(٣: ٦٢).

(٢) «العناية شرح الهداية»(٦: ٣٣٢).

....

وأما بغير حقٍّ: كالجباياتِ[1] في زمانِنا، والكفالةُ بالأولى[2] صحيحةٌ اتِّفاقاً، وفي الثَّانيةِ خلافٌ، والفتوى على الصِّحَّةِ[3]، فإنَّها صارتْ كالدِّيونِ الصَّحيحةِ حتَّى لو أخذتْ من الأكَّار فله الرُّجوعُ على مالكِ الأرض.

وكذا أجرةُ الحارس بين قومٍ مضمونةٌ يصحُّ الضمان بها، وكذا ما وظَّفَ الإمامُ على الناس عند الحاجةِ إلى تجهيز الجيش لقتال المشركين، وقد خلا بيت المال، أو يحتاج إلى حذاء أسارى المسلمين فوظَّف على الناس لأجل ذلك، فهو واجب مضمون تصحُّ الكفالةُ به، كذا في «العناية»(١)، وغيرها.

[١]قوله: **كالجبايات**؛ الموظَّفة على الناس في زماننا ببلاد فارس على الخيَّاطِ والصبّاغِ وغيرِهم للسلطان في كلِّ يوم أو شهر أو ثلاثة أشهر، فإنّها ظلم. كذا في «الفتح»(٢).

وقال في «البناية»(٣): وأما النوائب الكبرى والداهية الدهياء التي هي المكس فهي حرامٌ قطعاً فلا يجوزُ الكفالةُ بها ولا التصرُّف فيها بوجهٍ من الوجوه أصلاً، وقد لعن الشارع صاحب المكس. انتهى.

[٢]قوله: **والكفالة بالأولى**؛ أي بالنوائب إذا أريد بها ما يكون بحقٍّ صحيحةٌ اتفاقاً؛ لأنها واجبةٌ على كلِّ مسلمٍ موسرٍ بإيجابِ طاعةِ وليِّ الأمر فيما فيه مصلحةُ المسلمين ولم يلزم بيت المال، أو لزمه ولا شيء فيه، كذا في «الفتح»(٤).

[٣]قوله: **والفتوى على الصحّة**؛ قال في «البحر»(٥): ظاهر كلامهم ترجيحُ الصحّة في كفالةِ النوائب بغيرِ حقٍّ؛ ولذا قال في «ايضاح الاصلاح»(٦): والفتوى على الصحّة. وفي «الخانية»(٧): الصحيح الصحة ويرجع على المكفول عنه إن كان بأمره. انتهى.

---

(١) «العناية»(٦: ٣٣٢).
(٢) «فتح القدير»(٦: ٣٣٢).
(٣) «البناية»(٦: ٧٨٥).
(٤) «فتح القدير»(٦: ٣٣٢).
(٥) «البحر الرائق»(٦: ٢٦٠ - ٢٦١).
(٦) «إيضاح الإصلاح»(ق١٠٦/أ).
(٧) «الفتاوى الخانية»(٣: ٦٢).

وأمَّا القسمةُ فقد قيل[1]: هي النَّوائبُ بعينها، أو الحصّةُ منها، وقيل: هي النائبةُ الموظَّفةُ الرَّاتبةُ، والنَّوائبُ هي غيرُ الموظَّفةِ، وأيًّا ما كان، فالكفالةُ بها صحيحة.

(وإن قال: ضمنتُهُ إلى شهرٍ صُدِّقَ هو، وإن ادَّعى الطَّالبُ أنَّه حالٌّ)

وعليه مشى في «الاختيار»(١)، و«المختار»(٢) و«الملتقى»(٣)، نعم صحَّح صاحبُ «الخانية» في شرحه على «الجامع الصغير» عدم الصحّة، وكذلك أفتى في «الخيرية» بعدم الصحّة مستنداً لما في «البزازية»(٤)، و«الخلاصة» من أنه قول عامة المشايخ، ولِمَا في «العمادية» من أن الأسير لو قال لغيره خلّصني فدفع المأمور مالاً وخلَّصَه قال السَّرَخْسِيُّ يرجعُ، وقال صاحب «المحيط»: لا؛ وهو الأصح وعليه الفتوى. انتهى مختصراً. والله أعلم وعلمه أتقن وأحكم.

[1]قوله فقد قيل...الخ؛ حاصلُه إن المشايخَ اختلفوا في معناها:

١. فقال بعضُهم: هي النوائبُ بعينِها، فالعطف للبيان والتفسير، وتكون الرواية بالواو، أو حصّة منها بأن قسَّمَ ما ينوب العامّة، نحو: مؤنة كري الأنهار المشتركة، فأصاب واحداً شيءٌ من ذلك، فيجب أداؤه فكفَّلَ به رجلٌ.

٢. وقال بعضُهم القسمة: أي النائبةُ الموظّفةُ المقرّرة من عند الإمام، وهي المقاطعات الديوانية في كلّ شهر أو ثلاثة أشهر، والمراد بالنوائب ما هو منها غير راتب فتغايرا، فالروايةُ في هاتين: بأو.

٣. وقال بعضُهم معناها: إذا اقتسما ثم منع أحد الشريكينِ قِسْمَ صاحبه.

٤. وقال أبو جعفر الهِنْدُوانيّ ﷺ معناها: إن أحد الشريكين إذا طلبَ القسمةَ من صاحبِهِ وامتنعَ الآخر عن ذلك فضمن إنسان ليقومَ مقامَه في القسمه جاز؛ لأن القسمةَ واجبةٌ عليه.

---

(١) «الاختيار»(٢: ٤٤٣).

(٢) «المختار»(٢: ٤٤٣).

(٣) «ملتقى الأبحر»(ص١٢٦).

(٤) «الفتاوى البزازية»(٦: ١٤).

....

أي قال الكفيلُ : كفلتُ بهذا المالِ لكن المطالبةَ بعد شهرٍ ، وقال الطَّالب : لا بل على صفةِ الحلولِ ، فالقولُ قولُ الكفيلِ مع الحلفِ ، وهذا بخلافِ ما إذا أقرَّ بدينٍ مؤجَّلٍ ، وقال المقرُّ له : لا بل هو حالٌ ، فالقولُ للمقرِّ له.
والفرقُ[١] : أنَّه إذا أقرَّ بالدَّين

٥. وقال أبو بكر بن سعيد ﷺ : إن هذه الكلمة غلط ؛ لأن القسمةَ مصدر ، والمصدرُ فعل ، وهذا الفعلُ غيرُ مضمون. ورُدَّ بأن القسمةَ تجيءُ بمعنى النصيب قال الله ﷻ : ﴿ وَنَبِّئْهُمْ أَنَّ ٱلْمَآءَ قِسْمَةٌۢ بَيْنَهُمْ ﴾(١) ، والمراد به النصيب.

[١]قوله : والفرق...الخ ؛ توضيحُه : إن المقرَّ بالدين أقرَّ بما هو سببُ المطالبة في الحال ، إذ الظاهر أن الدينَ كذلك ؛ لأنه إنّما يثبتُ بدلاً عن قرضٍ أو إتلافٍ أو بيعٍ ونحوه ، والظاهرُ أن العاقلَ لا يرضى بخروجِ مستحقّه في الحال إلا ببدل في الحال ، فكان الحلولُ الأصلَ ، والأجلُ عارضٌ ، فكان الدينُ المؤجَّلُ معروضاً بعارض لا نوعاً ، ثم ادَّعى لنفسه حقّاً ، وهو تأخير المطالبة والآخر ينكره.

وفي الكفالة ما أقرّ بالدين على ما هو الأصحّ ، بل بحقِّ المطالبةِ بعد شهر ، والمكفولُ له يدَّعيها في الحال ، والكفيلُ ينكرُ ذلك ، فالقولُ له ؛ وهذا لأنّ التزامَ المطالبةِ يتنوعُ إلى التزامِها في الحال ، أو في المستقبل كالكفالة بما ذاب أو بالدَّرك ، فإنّما أقرَّ بنوع منها ، فلا يلزم بالنوع الآخر ، كذا في «الفتح»(٢).

وقال الشافعي ﷺ : القول للمقرِّ فيهما ؛ لأن الأجلَ وصفٌ فيهما ، يقال : دينٌ مؤجَّلٌ وحال ، وفي الأوصاف القولُ للمقرِّ ، وقال أبو يوسف ﷺ : القولُ للمقرِّ له في الفصلين رواه عنه إبراهيم بن يوسف ﷺ ؛ لأن المقرَّ قد أقرَّ له بحقٍّ ، ثم ادَّعى تأخيرَه فلا يُصَدَّقُ إلاَّ بحجَّة ؛ لأنه ادَّعى أن له على صاحبه حقّاً وهو التأخير ، ألا ترى أنه لو أقرّ بالكفالة على أنه بالخيار جازَ إقرارُه بالكفالةِ وبطلَ الخيار لما قلنا.

ونحن بيَّنّا الفرقَ بين الفصلين وليس هذا كالخيار ؛ لأن الخيارَ معنىً يُبْطِلُ الكفالةَ فلا يُصَدَّقُ بإبطالها بعد الإقرار بخلاف الأجل ؛ لأنه ليس بإبطال ، وإنّما هو نوع في

(١) القمر : ٢٨.
(٢) «فتح القدير»(٦ : ٣٣٤ - ٣٣٥).

ولا يؤخذُ ضامنُ الدَّرَكِ إن استحقَّ المبيعَ ما لم يقضِ بثمنِهِ على بائعِهِ

ثم ادَّعى حقَّاً له[١]، وهو تأخيرُ المطالبة، والمقرُّ له منكرٌ، فالقولُ قولُه بخلافِ الكفالة، فإنَّه لا دينَ فيها، فالطَّالبُ يدَّعي أنَّه مطالبٌ في الحال، والكفيلُ يُنْكِرُه.

(ولا يؤخذُ[٢] ضامنُ الدَّرَكِ إن استحقَّ المبيعَ ما لم يقضِ بثمنِهِ على بائعِهِ)، إذ بمجرَّدِ الاستحقاقِ لا ينتقضُ البيعُ[٣] في ظاهرِ الروايةِ[٤]

الكفالة على ما بيَّنّا، وما قاله الشافعي ﷺ أن الأجل وصفٌ للدين لا يستقيم؛ لأنه ليس بصفةٍ للدين في الحقيقة، وإن كان وصفاً له لفظاً.

ألا ترى أن الدينَ حقُّ الطالب والأجل حقُّ المطلوب، ولو كان حقَّاً له لَمَا اختلف مستحَقُّهما كالجودة والرداءة فيه، كذا في «التبيين»(١)، وغيره.

[١]قوله: **ثمّ ادعى حقّاً له** فوجد الإقرار لنفسه والدعوى على غيره، والأول مقبول والثاني يحتاجُ إلى بيّنة فإذا عَجِزَ عنها كان القولُ قولُ المنكر.

[٢]قوله: **ولا يؤخذ...الخ**؛ صورةُ المسألة: أنه إذا اشترى أمةً وكَفِلَ له رجلٌ بالدَّرك فاستحقَّت، لم يأخذ المشتري الكفيل حتى يُقْضَى له بالثمنِ على البائع بالاستحقاق، وهو لم يخرج عن ملكِه ما لم يَفْسَخْ البيع.

ويَحْكُمْ على البائع بردِّ الثمن على المشتري، وبمجرَّدِ الاستحقاق لا ينفسخ؛ ولهذا لو أجازَ المستحقُّ البيعَ قبل الفسخ جاز، فلو كان منتقضاً لما جازَ، فإذا لم ينتقض لم يَجِبْ الثمنُ على البائع، ولم يخرج عن ملكه؛ لأن بدلَ المستحقّ مملوك.

ألا ترى أنه لو كان ثمنها عبداً فأعتقَه البائعُ في هذه الحالة عُتِق، وكذا لو كان المشتري باعَ الجاريةَ من إنسان فاستحقَّت من يد الثاني ليس للمشتري الأول أن يرجعَ على بائعه ما لم يُقْضَ عليه بالثمن للثاني؛ كيلا يجتمع البدلان في ملك واحد.

فإذا حكم الحاكمُ بالثمنِ عليه انتقض وسقط احتمال الإجازة، ولزم البائعُ ردَّ الثمن، فيلزم كفيلَه ضرورةً بخلافِ القضاء بالحرمة؛ لأنَّ البيعَ يبطلُ بها لعدمِ المحلّية فيرجعُ على البائعِ والكفيل، صرَّحَ به العلامة الزَّيْلَعِيُّ في «شرح الكنز»(٢).

[٣]قوله: **لا ينتقض البيع**؛ لأن الاستحقاقَ لا ينفي ابتداءَ البيع، فالأولى أن لا ينفي البقاء.

[٤]قوله: **في ظاهر الرواية**؛ وفي رواية «الأمالي»: عن أبي يوسف ﷺ: إنه يبطلُ

---

(١) «تبيين الحقائق»(٤: ١٦٦).

(٢) «تبيين الحقائق»(٤: ١٦٦ - ١٦٧).

....

ما لم يقضِ بالثَّمنِ على البائع ، فلم يجبْ على الأصيلِ ردُّ الثَّمن فلا يجبُ على الكفيل

البيع بالاستحقاق قبل القضاء بالثمن على البائع فيأخذُ الكفيل قبل أن يقضي على البائع بالثمن ؛ لأن الضمانَ توجَّه على البائع ووجب للمشتري مطالبتُهُ ، فكذلك على الكفيل. كذا في «الفتح»[1] ، وغيره.

---

(١) «فتح القدير»(٦ : ٣٣٥).

فصل في كفالة الرجلين

دينٌ على اثنينِ كَفِلَ كلٌّ عن الآخرِ، لم يرجعْ على شريكِهِ إلاَّ بما أدَّى زائداً على النِّصف

فصل في كفالة الرجلين

(دينٌ على اثنينِ[1] كَفِلَ كلٌّ عن الآخرِ، لم يرجعْ على شريكِهِ إلاَّ بما أدَّى زائداً على النِّصف)، اشتريا عبداً بألفٍ وكفلَ كلٌّ منهما عن صاحبِهِ[2] بأمرِهِ للبائع، فكلُّ ما أدَّاه أحدُهما لا يرجعُ به على صاحبِهِ إلاَّ أن يكونَ زائداً على النِّصف[3]

[1]قوله: **دين على اثنين...الخ**؛ شرعَ في كفالة الاثنين بعد الفراغ عن ذكر كفالة الواحد؛ لأن الاثنين بعد الواحد تبعاً فأُخِّر وضعاً؛ ليوافق الوضعُ الطبع، فقال: دين على اثنين... الخ.

وحاصلُ المسألة: أنه إذا كان الدين على اثنين وكَفِل كلٌّ واحدٍ منهما عن الآخر جازَ العقدُ، وما أدّاه أحدُهما من الدين لا يرجعُ على الآخرِ إلاَّ إذا زادَ على النصف، فينصرفُ إلى ما عليه كفالة، فيرجع على شريكِه إن كَفِل بأمره.

وفي قوله: دين على اثنين؛ إشارةٌ في استواءِ الدينين صفةً وسبباً، فلو اختلفا صفةً كان ما على أحدِهما مؤجّلاً وما على صاحبِه حالاً، فإن أدّى صحّ تعيُّنه على شريكه، ورجعَ به عليه، وعلى عكسه لا يرجع؛ لأن الكفيلَ إذا عجَّلَ ديناً مؤجّلاً ليس له الرجوع على الأصيل قبل الحلول.

ولو اختلفا سبباً كإن كان على أحدِهما فرضاً وما على الآخر ثمن مبيع، فإنّه يصحُّ تعيين المؤدَّى؛ لأن النية في الجنسين المختلفين معتبرةٌ، وفي الجنس الواحد لغوٌ. ذكره في «الفتح»(1)، وغيره.

[2]قوله: **كلٌّ منهما عن صاحبه**؛ ولو كَفِلَ أحدُهما عن صاحبِه دون الآخر، وأدَّى الكفيل فجعله عن صاحبه، فإنه يصدَّقُ. كذا في «البحر»(2).

[3]قوله: **زائداً على النصف**، والمراد أن يكون زائداً على ما عليه، ولو كان دون النصف أو أكثر منه.

---

(1) «فتح القدير»(6: 237 - 238).

(2) «البحر الرائق»(6: 262 - 263).

ولو كفلا بشيءٍ عن رجلٍ، وكفلَ كلٌّ به عن صاحبِهِ رَجَعَ عليه بنصف ما أدَّى وإن قلَّ

لأن وقوعَ المؤدَّى عمَّا عليه أصالةً أولى[1] من وقوعِهِ عمَّا عليه كفالة.

(**ولو كفلا بشيءٍ عن رجلٍ، وكفلَ كلٌّ به عن صاحبِهِ رَجَعَ عليه بنصف ما أدَّى وإن قلَّ**)، على[2] رجلٍ ألفٌ فكَفِلَ كلٌّ واحدٍ من شخصينِ آخرين عن الأصيلِ بهذا الألف، ثم كَفِلَ كلٌّ واحدٍ من الكفيلينِ عن صاحبِهِ بأمره بهذا الألف، فكلٌّ ما أدَّاه أحدُهما وإن قلَّ رجعَ على الآخرِ بنصفِهِ بخلافِ الصُّورةِ الأُولَى، فإن الأصالةَ تُرَجَّح على الكفالة

[1]قوله: **أولى**؛ لأن الأوَّل دينٌ ومطالبةٌ، والثاني مطالبةٌ فقط، ولا يعارضُ الأول، وكذا سببُ الأول وهو الشراء أقوى من سبب الثاني، وهو الكفالة؛ ولهذا ينفذ الأوّل من المريض من جميع ماله، وإن كان عليه دين، والثاني لاينفذ إلاَّ من الثلث بشرط أن لا يكون عليه دين.

وإن كان عليه دين مستغرقٌ لا ينفذ أصلاً، فكان آكد، فلا يعارضُه الضعيف، وهذا نظير ما إذا اشترى ثوباً وعشرةَ دراهم بعشرين درهماً، فنقدَ في المجلسِ عشرة، جعل النقود ثمنَ الصرف؛ لأن الواجبَ أقوى لحاجته إلى القبض في المجلس. كما صرَّحوا به.

[2]قوله: **قوله: على رجل**...الخ؛ توضيحُه: أنه إذا كان على رجلٍ دين ألفُ درهم مثلاً، فكَفِلَ عنه رجلان كلٌّ واحدٍ منهما بجميعِهِ على الانفراد، ثم كَفِلَ كل واحدٍ من الرجلين عن صاحبه بما لزمَه إذ الكفالةُ عن الكفيل جائزة، كما تجوزُ عن الأصيل.

فكلٌّ ما أدَّى أحدُهما رجعَ بنصفِه على صاحبه، ثم يرجعان على الأصيل إن شاء، وإن شاء رجعَ هو بالكلِّ على الأصيل؛ لأن ما عليهما مستويان، فلا ترجيح للبعض على البعض إذ الكلُّ كفالة، فيكون المؤدّى شائعاً عنهما، ويرجعُ بنصفِه على شريكِه إذ لا يؤدِّي إلى الدور؛ لأن قضية عقدِ الكفالة الاستواء لاستوائهما في العلّة، وهي ضمان الكفالة.

فلَمَّا كان كذلك كان لِمَن أدَّى ولايةُ الرجوع على صاحبه بنصفِ ما أدَّى؛ لأنه

....

أمَّا هاهنا فالكلُّ كفالةٌ فلا رُجْحان[1].

وقال في «الهداية»[2]: الصَّحيحُ أنَّ صورةَ المسألةِ على هذا الوجه احترازٌ عمَّا إذا كفلا بألفٍ حتَّى كان الألفُ منقسماً عليهما نصفينِ، ثُمَّ كَفِلَ كُلُّ واحدٍ منهما عن صاحبِهِ بأمرِهِ، ففي هذه الصورةِ لا يرجعُ على شريكِهِ إلا بما زادَ على النِّصف.

مساوٍ لصاحبه في الالتزام بجهةٍ واحدةٍ، فوجبَ أن يستويا في الغرم بخلاف المسألة الأولى؛ لأن الترجيح فيها حاصلٌ من الابتداءِ فلا يضرُّه الرجوع فيؤدِّي إلى الدور، ثم يرجعان على الأصيل؛ لأنهما أدَّيا عنه دينَه.

وإن شاء المؤدِّي رجعَ بالجميعِ على الأصيل؛ لأنه كَفِلَ بالجميعِ بأمره، هذا إذا تكفَّلَ كلُّ واحدٍ منهما عن الأصيل بجميعِ الدين على التعاقب، ثم كَفِلَ كلُّ واحدٍ منهما عن صاحبه بالجميع.

وأمّا إذا تكفَّلَ كلُّ واحدٍ منهما بالنصف، ثم تكفَّلَ كلُّ واحدٍ منهما عن صاحبِه، فهي كالمسألة الأولى في الصحيح حتى لا يرجع على شريكِه ممَّا أدّى ما لم يزد على النصف.

وكذا لو تكفَّلا عن الأصيل بجميعِ الدين معاً، ثم كَفِلَ كلُّ واحد منهما عن صاحبه؛ لأنَّ الدين ينقسمُ عليهما نصفينِ فلا يكون كفيلاً عن الأصيل بالجميع، وكذا لو كفل كلُّ واحدٍ منهما عن الأصيل [بالجميع] متعاقباً، ثمَّ كفل كلُّ واحد منهما عن صاحبِه بالنصف. كذا في «التبيين»(1) و«الرمز»(2)، وغيرهما من المبسوطات.

[1]قوله: **فلا رجحان**؛ أي فلا يتصوَّرُ الرجحان للبعض على الآخر؛ لأنهما متساويان، فلو وقع كلُّ ما أدَّاهُ أحدُهما عن هذا، أو عن ذلك لَزِمَ ترجيحُ أحدُ المتساويين، واللازم باطل.

[2]قوله: **قال في «الهداية»**...الخ؛ قال في «الهداية»(3): ومعنى المسألة في الصحيح أن يكون الكفالةُ بالكلِّ عن الأصيل، وبالكلِّ عن الشريك، والمطالبةُ متعدِّدة، فيجتمعُ

---

(1) «تبيين الحقائق»(٤: ١٦٨).

(2) «رمز الحقائق»(٢: ٧٨).

(3) «الهداية»(٣: ٩٧).

....

أقولُ: في هذه الصَّورةِ كلُّ ما أدَّاه ينبغي أن يرجعَ بنصفِهِ على شريكِهِ؛ لأنَّهُ لَمَّا لم يكنْ[1] لإحدى الكفالتينِ رُجْحانٌ على الأخرى

الكفالتان على ما مرَّ، وموجبها التزام المطالبة، فتصحُّ الكفالة عن الكفيل كما تصحُّ الكفالة عن الأصيل، وكما تصحُّ الحوالةُ عن المحتال عليه.

وإذا عرف هذا فما أدَّاه أحدُهما وقع شائعاً عنهما إذ الكلُّ كفالةٌ فلا ترجيحَ للبعض على البعض بخلاف ما تقدَّم، فيرجعُ على شريكِه بنصفِه، وإلاَّ يؤدِّي إلى الدور؛ لأن قضيته الاستواء، وقد حصلَ برجوعِ أحدِهما بنصف ما أدَّى فلا ينقضُ برجوعِ الآخر عليه بخلاف ما تقدم. انتهى.

فنظر الشارح ﷺ إلى ظاهرِ العبارةِ وزعمَ أنه احترازٌ عمَّا إذا كفلا رجلان بالألف حتى صارَ منقسماً عليهما متناصفاً، والحالُ أن مقصودَه ليس إلا تصحيحَ التفريع. كما صرَّح به الشرَّاح من صاحب «العناية»[1] و«النهاية» وغيرهما.

وليس للاحتراز كما زعمَه الشارح ﷺ؛ لأنه فرعٌ على المسألة: جوازُ رجوع الكفيلين على الأصيل، وجواز رجوع مَن أدَّى المال الجميع على المكفول عنه، والظاهر أن جوازَ الرجوعِ بالجميع على المكفولِ عنه لا يتضرَّع على تقدير المسألة على الوجه الثاني، وإن كان الحكمُ كذلك.

على أن في صورةِ التقسيم يمكن أن يقال: إن الكفالةَ بالنصف التي وجبت بحكم الضمان بغير واسطة نُزِّلَتْ منْزلةَ الأصالة بالنسبة إلى الكفالة بالنصف الآخر الواجبة بواسطةٍ؛ لأجل التقسيم، فَنَزل هذا مَنْزلة المسألة الأولى. كما صرَّح به في «الكفاية»[2]، فيصح الاحتراز، وهذا التقرير على تقدير التسليم.

[1]قوله: لأنه لما لم يكن... الخ؛ قال في «الكفاية»[3] تحت قول صاحب «الهداية»[4]: ومعنى المسألة في الصحيح ... الخ؛ وإنّما قال في الصحيح؛ لأنّهما لو

---

(١) «العناية»(٦: ٣٣٨).
(٢) «الكفالة»(٦: ٣٣٨ - ٣٣٩).
(٣) «الكفاية»(٦: ٣٣٨ - ٣٣٩).
(٤) «الهداية»(٣: ٩٧).

وإن أبرأ الطَّالبُ أحدَهما أخذَ الآخرَ بكلِّه

فكلٌّ ما أدَّاه يكونُ منهما، فيجبُ أن يرجعَ بنصفِ ما أدَّى، فلا فرقَ بينَ هذه الصُّورةِ والصُّورةِ التي خصَّها بالصِّحَّة(١).

(وإن أبرأ الطَّالبُ أحدَهما أخذَ الآخرَ بكلِّه)؛ لأنَّ وضعَ المسألةِ[١] فيما إذا كَفِلَ كلٌّ منهما بالألفِ عن الأصيلِ، ثم كَفِلَ كُلٌّ منهما بالألفِ عن صاحبه، فإذا أبرأ أحدَهما بقي كفالةُ الآخرِ بكلِّ الألفِ، وفي الصُّورةِ التي احترزَ بالصِّحَّةِ عنها إذا أبرأ أحدَهما يبقى الكفالةُ للآخرِ بخمسمئةٍ.

كفلا بالألف كان الألفُ منقسماً عليهما نصفين.

ثمّ إذا كَفِلَ أحدُهما عن صاحبه فأدَّى أحدُهما نصفَ المال، فإنّه لا يرجعُ على الآخر حتى يزيد المؤدَّى على النصف؛ لأن جهةَ الضمان قد اختلفت؛ لأنّ نصفَ المال كان واجباً عليه بحكم ضمانه بغير واسطة، والنصفُ الآخر كان واجباً عليه بحكم الكفالة الثانية، فَنُزِّلَ هذا مَنْزلةَ المسئلة الأولى. انتهى.

وقد عرفت من هذه العبارةِ وجه جواز ترجيح ما وجبَ عليه بحكم الضمان على ما وجب عليه بواسطة الكفالةِ عن الكفيل، فقوله: لَمَّا لم يكن لإحدى الكفالتين ترجحان على الآخر، غير مُسَلَّم، وكذا ما فرَّعَ عليه، وهو قوله: فكلٌّ ما أدَّاه يكون منهما فيجب... الخ

[١]قوله: **لأن وضع المسألة...الخ**؛ حاصلُهُ: أن الكلامَ هاهنا فيما إذا كَفِلَ كلُّ واحدٍ من الكفيلين بالألف عن الأصيل، ثمَّ كَفِلَ كلُّ واحد منهما عن الآخر، فإذا أبرأ الطالبُ أحدَهما بَقيَ كفالةُ الآخر بكلِّ الألف؛ لأن ابراءَ الكفيل لا يوجب براءةَ الأصيل، فبقيَ المالُ كلُّه على الأصيل، والآخرُ كَفِلَ عنه بكلِّه، فيأخذُه به بخلاف ما احترزَ صاحبُ «الهداية»(٢) بالصحّة عنه فإن فيه صارَ الألف منقسماً عليها نصفين، فإذا

---

(١) ما توصَّل إليه الشارح ﷺ خلاف ما نصَّ عليه صاحب «الدرر»(٢: ٣٠٦)، و«الكفاية»(٦: ٣٣٨ - ٣٣٩)، و«التبيين»(٤: ١٦٨)، و«الايضاح»(ق١٠٦/أ)، و«الرمز»(٢: ٧٨)، و«العناية» (٦: ٣٣٨)؛ إذ قالوا: إنها تكون كالمسألة الأولى، فلا يرجع على شريكه بما أدى ما لم يزد على النصف.

(٢) «الهداية»(٣: ٩٧).

ولو فسختِ المفاوضةُ أخذَ ربُّ الدَّينِ أيّاً شاءَ من شريكيها بكلِّ دينِهِ، ولم يرجعْ أحدُهما على صاحبِهِ إلاَّ بما أدَّى زائداً على النِّصفِ

(**ولو فسختِ المفاوضةُ**[1] **أخذَ ربُّ الدَّينِ أيّاً شاءَ من شريكيها بكلِّ دينِهِ**)؛ لما عُرِفَ أن شركةَ المفاوضةِ تتضمّنُ الكفالةَ[2]، (**ولم يرجعْ أحدُهما على صاحبِهِ إلاَّ بما أدَّى زائداً على النِّصفِ**)؛ لِمَا عرفتَ[3] أن جهةَ الأصالةِ راجحةٌ على جهةِ الكفالة.

أقولُ[4]: في هذه المسألةِ إشكالٌ وهو أن أحدَ المفاوضينِ إذ اشترى شيئاً، ثمَّ فسخا المفاوضةَ، فالبائعُ إن طَلَبَ الثَّمنَ من مشتريه، فلا تعلّقَ لهذه المسألةِ بمسألةِ الكفالة، بل المشتري في النِّصفِ أصيلٌ، وفي النِّصف وكيل، فكلُّ ما أدَّى ينبغي أن يرجعَ بنصفِهِ على الشَّريكِ؛ لأنَّه اشترى العبدَ صفقةً واحدةً، فصارَ الثَّمنُ ديناً عليه، ولا يُمْكِنُ قسمتُهُ، فكلُّ ما يؤدِّيه الأصيلُ، يؤدِّيه منه ومن شريكِه، فيرجعُ عليه بالنِّصف.

أبرأ الطالبُ أحديهما يبقى الكفالة للآخر بخمسمئه. فافهم.

[1]قوله: **ولو فسخت المفاوضة**...الخ؛ يعني لو فسخ أحدُ المتفاوضين عقدَ الشركة وعليهما دينٌ لزمَهما في الشركةِ أخذُ ربِّ الدين أيّاً شاء، قيِّد به؛ لأنه إن كان عليهما دين قبل الشركة لا يأخذ الغريمُ إلاَّ مَن عليه دونه؛ لأنها لا تتضمن الكفالة.

والمفاوضةُ شركة متساويين مالاً وحريّةً وعقلاً وديناً، وهي تتضمن الكفالة والوكالة، فكلٌّ منهما كفيلُ الآخر ووكيله، ولَمَّا كان كلُّ واحدٍ فيها يفوِّضُ التصرُّفَ إلى الآخر مطلقاً سمِّيت مفاوضةً لكونها مشتقة من التفويض.

[2]قوله: **تتضمن الكفالة**؛ فكلُّ واحد من المتفاوضين كفيلٌ عن الآخر، ولَمَّا ثبتت الكفالةُ بعقد المفاوضةِ قبل الافتراق لم تبطل بالافتراق.

[3]قوله: **لما عرفت**...الخ؛ يعني لما عرفت فيما تقدم من أنه أصيل في النصف وكفيل في الآخر، وجهةُ الأصالةِ ترجَّحُ على جهةِ الكفالة، فما أدَّى يصرفُ إلى ما عليه بحقِّ الأصالة، فإن زادَ على النصف كان الزائدُ عن الكفالة، فيرجعُ به عليه.

[4]قوله: **أقول**...الخ؛ قال يعقوب باشا في «حاشية»(1) هذا الكتاب: هنا كلام من وجوه

---

(١) «حاشية يعقوب باشا»(ق١١٦/أ).

عبدانِ كوتبا بعقدٍ واحدٍ، وكَفِلَ كلٌّ عن صاحبِهِ، رجعَ كلٌّ على الآخرِ بنصفِ ما أدَّاهُ

وإن طَلَبَ البائعُ الثَّمنَ من شريكِهِ يكونُ ذلك بسببِ أن المفاوضةَ تضمَّنَتِ الكفالة، فيكون كفيلاً في الكلِّ إلا أن كفالتَهُ في النِّصفِ الذي هو ملكُ العاقدِ تمحَّضَتْ كفالةً، وفي النصفِ الذي هو ملكُهُ أصيلٌ من وجهٍ وكفيلٌ من وجهٍ، فبالنَّظرِ إلى أن حقوقَ العقدِ راجعةٌ إلى الوكيل، يكونُ الشَّريكُ كفيلاً للثَّمن، فمطالبةُ الثَّمنِ يَتَوجَّه إليه بحكمِ الكفالة، وبالنَّظرِ إلى أن المِلكَ في هذا النِّصفِ وَقَعَ له، فيكونُ في أداءِ نصفِ الثَّمنِ أصيلاً، فما أدَّاه يكونُ راجعاً إلى هذا النِّصفِ فلا يرجعُ إلى العاقد، وفيما زادَ على النِّصفِ يرجع.

(**عبدان**[1] **كوتبا بعقدٍ واحدٍ، وكَفِلَ كلٌّ عن صاحبِهِ، رجعَ كلٌّ على الآخرِ بنصفِ ما أدَّاهُ**): أي عبدانِ قال لهما المولى: كاتبتُكما بالألفِ إلى سنةٍ، وقبلا، وكَفِلَ كُلٌّ عن صاحبِهِ، فكلُّ ما أدَّاهُ أحدُهما رجعَ على الآخرِ بنصفِ ما أدَّى.

وإنَّما قيَّدَ بعقدٍ واحدٍ؛ حتَّى لو كاتبَهما بعقدينِ فالكفالة لا تصحُّ أصلاً، أمَّا إذا كانت بعقدٍ واحدٍ لا تصحُّ قياساً

الأول: أنه يجوزُ أن يشتريا معاً صفقةً واحدةً وحينئذٍ لا إشكال كما لا يخفي على المتدبِّر، فليحمل مسألة المتن على هذه الصورة.

الثاني: أنه يلزمُ قسمة الدين قبل القبض في الصورة الثانية؛ لأن غيرَ العاقد كَفِلَ جميعَ الدين الذي على العاقد، فعندما أدَّى يكون المؤدَّى على العاقد، وهو مشتركٌ بين الشريكين على مقتضى تقديره، كما لا يخفي.

الثالث: إن الدين الذي على العاقدِ إمّا أن يكون مشتركاً أو خاصّة له، فعلى الثاني لا يصحّ قوله: فكلُّ ما يؤدّى يؤدِّيه منه ومن شريكه، وعلى الأوَّل: لا يصحُّ اعتبار الكفالة؛ لأنها إمّا أن يصحّ مع الشركة، فليزم أن يكون كفيلاً عن نفسه، وإمّا مع القسمة فليزم قسمة الدين قبل القبض. فليتأمل. انتهى.

[1]قوله: عبدان...الخ؛ المسألة على ثلاثة أوجه:

الأول: أن يكاتبَهما كتابةً واحدةً، وكلُّ واحدٍ منهما كَفِلَ عن صاحبه، فحكمُه ما ذكرَه المصنف ﷺ من أن كلَّ واحدٍ منهما يرجعُ على الآخر بنصفِ ما أدّاه.

....

لأنَّه[١] كفالةٌ ببدلِ الكتابة، وتصحُّ استحساناً[٢] بأن يُجْعَلَ كلٌّ منهما أصيلاً في حقِّ وجوبِ الألفِ عليه

الثاني: أن يكاتبَهما كتابةً واحدةً ولم يَزِدْ على ذلك، فحكمُه أن كلاً منهما يلزمُه حصّته، إذ المقابلة المطلقة تقتضي ذلك.

والثالث: أن يكاتبَهما كتابةً واحدةً على أنّهما إن أدّيا عُتِقاً، وإن عجزا رُدَّا في الرقّ، ولم يذكر كفالةَ كلٍّ واحدٍ منهما عن صاحبه، فعندنا لا يعتقُ واحدٌ منهما ما لم يصلِ جميع المال إلى المولى؛ لأن شرطَ المولى في العقدِ يجب مراعاتُه إذا كان صحيحاً شرعاً، وقد شرطَ العتقَ عند أدائهما جميعَ المال نصّاً، فلو أُعْتِقَ أحدُهما بأداء حصَّتِه كان مخالفاً لشرطه.

وعند زفر ﷺ: يعتقُ بأداء حصَّتِه؛ لأنّ كلَّ واحدٍ منهما لم يلتزم بالقبول إلاَّ حصَّتَه؛ ولهذا ليس للمولى أن يطالب أحدَهما بجميع البدل، ولو أدَّى أحدُهما الجميع لم يرجع على صاحبِه بشيء، بخلاف ما إذا اشترط كفالةَ كلٍّ واحدٍ منهما.

قال العلامة الزَّيْلَعِيُّ ﷺ(١): ما استدلَّ به زفر ﷺ ممنوعٌ، فإن هذا عندنا كالفصل الأول في جميعِ ما ذكرنا؛ فلهذا قلنا ما لم يَصِلِ جميعُ المال إلى المولى لا يعتقُ واحد منهما، ذكره في «المبسوط»(٢). انتهى.

إذا عرفت هذا فنقول: قوله بعقدٍ واحدٍ؛ احترازٌ عمَّا إذا كانت كتابتُهما بعقدين، فإن الكفالةَ حينئذٍ لا تصحُّ كما نبَّه عليه الشارح ﷺ البارع.

وقولُه: كفل كلٌّ عن صاحبه؛ احترازٌ عن الوجه الثاني والثالث المذكورين.

[١]قوله: **لأنه**...الخ؛ تقريره: أنه شرط فيه كفالةَ المكاتب وكفالةَ بدل الكتابة، وكل واحد منهما بانفراده باطل، وعند الاجتماع أولى، فصارَ كما إذا اختلفت كتابتُهما: أمّا كفالةُ المكاتَب فوجه بطلانِها أن الكفالةَ تبرُّعٌ، والمكاتَب لا يصلحُ للتبرُّع، وأمَّا الكفالةُ ببدل الكتابة فوجه بطلانها أنّها تقتضي ديناً صحيحاً، وبدل الكتابةِ ليس بدين صحيح. كما لا يخفى.

[٢]قوله: **استحساناً بأن يجعل**...الخ؛ تحريره: أن تصرُّفَ الإنسان يجبُ تصحيحُهُ

(١) في «تبيين الحقائق»(٤: ١٦٩).

(٢) «المبسوط»(٨: ١٤).

ويكونُ عتقهما معلَّقاً بأدائِه، ويُجْعَلُ كفيلاً بالألفِ في حقِّ صاحبه، فما أدَّاهُ أحدُهما رجِعَ بنصفِهِ[١] على الآخرِ لاستوائِهما[٢].

بقدر الإمكان، وقد أمكن تصحيحُ هذه الكفالة بأن يجعلَ المالُ كلُّه على كلِّ واحدٍ منهما في حقِّ المولى وفي حقِّ نفسِه، وعتقُ الآخر يتعلَّقُ بأدائه، فيطالبُ المولى كلَّ واحد منهما بجميع المال بحكم الأصالة لا بحكم الكفالة.

وأيُّهما أدَّى عتق، وعتقَ الآخر تبعاً له كما في ولد المكاتَب، لكن كلُّ واحدٍ منهما كفيلٌ في حقِّ صاحبه؛ لأن المالَ في الحقيقةِ مقابلُ بهما حتى انقسم عليهما، فصارت كفالة بما عليه أصالةً، وكفالةُ المكاتَب بما عليه أصالةً جائزة، فكان كل واحد منهما كفيلاً عن صاحبه بالكلِّ.

ولا تظهر الكفالة إلاَّ في حقِّ صاحبه؛ لأنها ضروريةٌ فتقدَّرُ بقدرها، حتى ليكون مطالبةُ المولى كلَّ واحدٍ بجميعِ المال بحكم الأصالة لا بحكم الكفالة، فإذا أدَّى أحدُهما شيئاً وقعَ عن كلِّ البدل، فيقعُ نصفُ ذلك عن صاحبِهِ لاستوائهما فيرجع به عليه، ولو رجع بالكلِّ لا تتحقَّقُ المساواة بخلاف ما إذا اختلفت كتابتُهما، فإن عتقَ كلِّ واحد منهما تعلَّق بأداءِ المال على حدة، وهو صحيحٌ في نفسه فلا حاجة لتصحيحه بهذا الطريق.

[١]قوله: **رجع بنصفه**؛ فإن قيل: كيف يرجعُ على صاحبه بنصفِ ما أدَّى والمال في الحقيقة مقابلٌ بهما، فيكون على كلِّ واحد منهما نصفه، فيجب أن لا يكون له حقُّ الرجوع ما لم يزد المؤدَّى على ما يخصّه كما في مسألة الدور.

قلنا: إنّما يرجع على صاحبه بنصفِ ما أدّى تحرزاً عن تفريقِ الصفقة على المولى؛ لأن المؤدَّى اسم مفعول، لو وقع عن المؤدِّي اسم فاعل على الخصوص يبرؤُ بأدائه عن نصيبه فيعتق؛ لأن المكاتَب إذا برأ عمَّا عليه من البدل يعتقُ، والمولى شرطَ عليهما أن يؤدِّيا جميعاً ويعتقا جميعاً. هكذا في «الكفاية»[١]، وغيرها.

[٢]قوله: **لاستوائهما**؛ يعني في الوجوب لكونهما مستويين في العلّة، وهي الكتابةُ، فصارَ كلُّ البدلِ مضموناً على كلِّ واحد منهما؛ ولهذا [لا] يعتقُ كلُّ واحدٍ منهما ما لم يؤدِّ جميع المال.

---

(١) «الكفاية»(٦: ٣٤٠ - ٣٤١).

فصل في كفالة العبد وعنه

فإن أَعتقَ السَّيدُ أحدَهما قبل الأداءِ صحَّ، وله أن يأخذَ حصَّةَ مَن لم يعتقْهُ منه أصالةً ومن الآخرِ ضماناً، ورجعَ المعتَقُ على صاحبِهِ بما أَدَّى عنه لا صاحبَهُ عليه بما أدَّى عن نفسِهِ

فصل في كفالة العبد وعنه

(فإن أعتقَ السَّيدُ أحدَهما[1] قبل الأداءِ صحَّ[2]، وله أن يأخذَ حصَّةَ مَن لم يعتقْهُ منه أصالةً ومن الآخرِ ضماناً(1)، ورجعَ[3] المعتَقُ على صاحبِهِ بما أَدَّى عنه لا صاحبَهُ عليه بما أدَّى عن نفسِهِ)؛ لأنَّ المالَ في الحقيقةِ مقابلٌ برقبتهما، وإنَّما جُعِلَ على كلٍّ منهما تصحيحاً للكفالة.

[1]قوله: فإن أعتق السيد أحدَهما؛ أي أحدُ العبدين المكاتبين فيما إذا كاتَبهما وشرطَ كفالةَ كلٍّ منهما عن صاحبِه.

[2]قوله: صحَّ؛ اعتاقه لوجود الصحيح للعتق، وهو الملك في الرقبة، وبرئ عن حصّتِه من بدل الكتابة؛ لأنه لم يرضَ بالتزام المال إلاَّ ليكون وسيلةً إلى العتق، ولم يبق وسيلةً فتسقط حصّته، وتبقى على صاحبِه حصّته؛ لأن المالَ في الحقيقة مقابل برقبتهما.

وإنما جعلَ كلٌّ على كلٍّ واحدٍ منهما كلّه اختياراً لتصحيح الضمان، وإذا حصل له العتق استغنى عنه، فاعتبر مقابلاً برقبتهما فيتوزَّع عليهما ضرورة.

[3]قوله: ورجع...الخ؛ يعني أن المولى إن أخذ حصّة الآخر من العتق رجعَ المعتقُ بما يؤدِّي على الآخر؛ لأنه مؤدًّى عنه بأمره، فإن أخذَ الآخرُ لم يرجع على المعتق بشيء؛ لأنه أدَّى على نفسه.

فان قيل أخذ المعتق بالكفالةِ تصحيحٌ للكفالة ببدلِ الكتابة، وهي باطلة.

أجيب: بأن كلَّ واحدٍ منهما كان مطالباً بجميع الألف، والباقي بعضُ ذلك، فيبقى على تلك الصفة؛ لأن البقاءَ يكون على وفق الثبوت. ذكره في «الدرر»(2).

---

(1) أي للمولى أن يأخذ حصّة مَن لم يعتق منه بطريق الأصالة منه، أو من المعتق بطريق الكفالة؛ لأنه كفيل عن صاحبه. ينظر: «شرح ابن ملك»(ق189/أ)

(2) «درر الحكام»(2: 307).

ومالٌ لا يَجِبُ على عبدٍ حتَّى يُعتقَ حالٌّ على مَن كَفِلَ به مطلقةً ، ولو أدَّى رجعَ عليه بعد عتقِه

(**ومالٌ**[1] **لا يَجِبُ على عبدٍ حتَّى يُعتقَ حالٌّ على مَن كَفِلَ به مطلقةً**)، أقرَّ عبدٌ محجورٌ بمال، فالمالُ لا يَجِبُ عليه إلاَّ بعد العتقِ، وإن كَفِلَ به حُرٌّ كفالةً مطلقةً: أي لم يتعرَّضْ للحلولِ والتَّأجيلِ يَجِبُ عليه حالاً؛ لأنَّ المانعَ من الحلولِ في ذمَّةِ العبد أنَّه معسرٌ؛ لأنَّ جميعَ ما في يدِهِ لمولاه، ولا مانعَ في الكفيل، (**ولو أدَّى رجعَ عليه بعد عتقِه**)

[1]قوله: مال؛ مبتدأ موصوفٌ. وقوله: لا يجب على عبد؛ صفةٌ. وحتى يعتق: أي العبد متعلّق بقوله: لا يجب. وقوله: حال؛ خبر. وقوله: على من كفل به مطلقة؛ أي كفالة مطلَّقة متعلّق بقوله: حال.

فمعناه أن المالَ الذي لا يجب على العبدِ إلاَّ بعد عتقه، وهو دين لم يظهر في حقّ مولاه، بل هي في حقّه يؤاخذُ بعد عتقِه، كما إذا أقرَّ باستهلاكِ مال وكذَّبه المولى، أو أقرضَه أحدٌ أو باعَه، وهو محجور، فإن ذلك كلّه لا يجب بعد عتقه.

وكذا إذا أودع شيئاً، فإن كَفِلَ حرٌّ بذلك المال مطلقةٌ عن قيدِ الحلول والتأجيل لزمه حالاً؛ لأن المالَ مالٌ على العبد لوجود السبب وقبوله الذمّة وعدم الأجل، وكيف والعتق لا يصلح أجلاً لجهالة وقت وقوعه، وقد لا يقع أصلاً، والمطالبة إنّما تأخَّرة عنه بعسرته؛ لأن هذه الديونَ لا تتعلَّقُ برقبتِهِ لعدم ظهورها في حقِّ المولى، والكفيلُ غيرُ معسر.

فالمانع الذي تحقَّقَ في الأصيل منتفٍ عن الكفيل مع وجود المقتضى، وهو الكفالةُ المطلقةُ بمالٍ غيرِ مؤجَّل، كما إذا تكفَّلَ عن غائبٍ أو مفلسٍ يلزمُه في الحال، مع أن الأصيلَ لا يلزمه، بخلاف ما إذا تكفَّلَ بدين مؤجَّلٍ؛ لأنه التزمَ المطالبةَ بدين مؤجّل، وليس للمطالب أن يطالبَ بالدين المؤجّل في الحال.

فقوله: لا يجب على عبدٍ حتى يعتقَ؛ احترازٌ عمَّا يجبُ عليه في الحال مثل دين الاستهلاك عياناً، أو دين لزمَه بالتجارة بإذن المولى، فإنه تجوزُ به الكفالةُ بلا شبهة. هذا ما أفاده الزَّيْلَعِيُّ ﷺ(1)، لكن قال في «البحر»(2)، وهو سهوٌ، وأفاد أن حكمَ ما يظهر،

(1) في «تبيين الحقائق»(٤: ١٧٠).
(2) «البحر الرائق»(٦: ٢٦٥).

ولو ماتَ عبدٌ مكفولٌ برقبتِه، وأقيمَ بيِّنةٌ أنَّه لمدَّعيهِ ضَمِنَ كفيلُهُ قيمتَه

أي إن أدَّى الكفيلُ، وكانت الكفالةُ بأمرِ العبدِ[1] رجعَ[2] عليه بعد عتقِهِ.

(ولو ماتَ[3] عبدٌ مكفولٌ برقبتِه، وأقيمَ[4] بيِّنةٌ أنَّه لمدَّعيهِ ضَمِنَ كفيلُهُ قيمتَه)

وهو ما يؤاخذُ به للحال أولى كدين الاستهلاكِ عياناً، وما لَزِمَه بالتجارة بإذن المولى. انتهى.

[١]قوله: **بأمر العبد**؛ بقي ما لو كَفِلَ بدين الاستهلاك المعاين، قال في «الفتح»(١): ينبغي أن يرجعَ قبل العتق إذا أدَّى؛ لأنه دينٌ غيرُ مؤخَّرٍ إلى العتقِ، فيطلبُ السيد بتسليمه رقبته أو القضاء عنه، وبحث أهل الدرس: هل المعتبر في هذا الرجوع الأمر بالكفالة من العبدِ أو السيد، وقوي عندي الثاني؛ لأن الرجوعَ في الحقيقةِ على السيد. انتهى.

وقال في «النهر»: ورأيت مقيّداً عندي إنّما قوي عنده هو المذكورُ في «البدائع»، قال: ظاهر؛ فلو كانت بأمر العبد لا يرجع عليه إلا بعد العتق.

فالحاصل أن ضمانَ العبدِ فيما لا يؤاخذُهُ حالاً صحيح، والرجوعُ عليه بعد العتق إن كان بأمره وضمانِه فيما يؤاخذُ به حالاً إن كان بأمر السيد صحَّ، ورجع به حالاً عليه، وإن كان بأمر العبد صحّ ورجَعَ به عليه بعد العتق، كذا يؤخذُ من كلامهم. انتهى. كذا في «رد المختار»(٢).

[٢]قوله: **رجع عليه**؛ لو أعتقه؛ لأن الكفيلَ بالأداء ملكَ الدين، وقام مقام الطالب، فلا يطالبُه قبل الحريّة.

[٣]قوله: **ولو مات**، بأن ثبتَ موتُه ببرهان ذي اليد أو بتصديق المدَّعي، فلو لم يكن ثمة برهان ولا تصديق لم يقبل قول ذي اليد: إنه مات، بل يحبس هو والكفيل، فإن طالَ الحبسُ ضَمِنَ القيمة، وكذا الوديعة المحجورة. كذا في «النهاية».

[٤]قوله: **وأقيم**؛ أي أقام المدَّعي بينةً أن ذلك العبدَ ملكَه فاحترزَ به عمَّا إذا ثبت ملكه بإقرار ذي اليد، أو نكوله عن اليمين حيث يقضى بقيمة العبد الميّت على المدَّعى

---

(١) «فتح القدير»(٦: ٣٤٢).

(٢) «رد المحتار»(٤: ٢٨٧).

فإن كَفِلَ سيِّدٌ عن عبدِه، أو هو غيرُ مديونٍ عن سيِّدِه، فعتُقَ فما أدَّى كلٌّ لا يرجعُ على صاحبِه

رجلٌ ادَّعى رقبةَ عبدٍ، فكَفِلَ آخرُ برقبتِه، فماتَ العبدُ، فأقام المدَّعي بيِّنةً أنَّه له ضَمِنَ الكفيلُ قيمتَهُ؛ لأنَّ الواجبَ[1] على ذي اليد ردُّهُ على وجهٍ تخلفه قيمتُه، فالكفيلُ إذا كَفِلَ فالواجبُ عليه ذلك بخلافِ ما إذا ادَّعى مالاً على العبدِ فكفلَ آخرٌ برقبةِ العبدِ فماتَ العبدُ فلا شيءَ على الكفيل.

(فإن كَفِلَ[2] سيِّدٌ عن عبدِه، أو هو غيرُ مديونٍ عن سيِّدِه، فعتُقَ فما أدَّى كلٌّ لا يرجعُ على صاحبِه)

عليه، ولا يلزم الكفيل؛ لأن الإقرارَ حجّةٌ قاصرةٌ إلاَّ إذا أقرَّ الكفيلُ بما أقرَّ به الأصيل. كذ في «العناية»(1).

[1]قوله: **لأن الواجب**...الخ؛ تقريره: إن الكفيلَ قد كَفِلَ عن ذي اليد بتسليم رقبة العبد؛ لأن المدَّعي يدَّعي غصب العبد على ذي اليد، والكفالة بالأعيان المضمونةِ بنفسها جائزةٌ على ما سبق تحقيقه، فيجب على الكفيل ردُّ العين، فإن هلكت يجبُ عليه قيمتُها، فكذا على الكفيل إذا أثبت المدَّعي بالبيِّنة أن العبدَ ملكَه لكون الكفيل قائماً مقام الأصيل.

بخلاف ما إذا ادَّعى أحدٌ على العبدِ مالاً، فكَفِلَ رجلٌ آخر برقبة العبد، فمات العبد قبل التسليم إلى المدَّعي، فلا يلزم شيء على الكفيل؛ لأن الكفيلَ تكَفَّل عن العبد بتسليم نفسه، فإذا ماتَ العبد وهو المكفول به برئَ هو، وبراءتُه توجبُ براءةَ الكفيل، كما إذا المكفول بنفسه حُرَّاً حيث يبرأُ الكفيل ببراءة الأصيل، فكذا هاهنا أيضاً.

[2]قوله: **فإن كَفِل**...الخ؛ هاتان مسألتان نظمهما في سلكٍ واحد، وبيانُهما: أن السيدَ إذا كَفِلَ عن عبدِه سواءٌ كانت الكفالةُ بالنفس أو المال، وسواءٌ كان على العبدِ دينٌ أو لا، وبعد هذه الكفالة عُتِق ذلك العبد، وبعد العتق أدّى السيدُ المكفولَ به فلا يرجع السيد على العبد، ولو كَفِل العبدُ عن سيده أن لا يكون على ذلك العبد دينٌ مستغرقٌ، وبعد العتق أدّى العبد المكفول به لا يرجع العبدُ على السيد.

---

(1) «العناية»(٦: ٣٤٣).

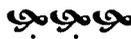
....

لأنَّ الكفالةَ وقعتْ غيرُ موجبةٍ[١] للرجوعِ(١)؛ لأنَّ أحدَهما لا يستوجبُ ديناً على الآخر، وعند زفرٍ[٢] رضي الله عنه إن كانتْ الكفالةُ بالأمرِ يثبتُ الرُّجوعُ؛ لأن المانعَ قد زالَ، وهو الرِّقُّ، وإنَّما قال غيرُ مديونٍ: ليصحَّ كفالتُه، فإنَّ المولى إن أمرَ العبدَ المديونَ بالكفالةِ عنه لا يصحُّ الكفالة.

وفي بعض المتون قيَّدَ الكفالةَ في الصورة الثانية بأمرِ السيِّد، وقال في «النهر» و«المنح»(٢): هذا قيدٌ لا بُدَّ منه، لكن قال قاضي خان رضي الله عنه في «شرح الجامع الصغير»: لا يخفى أنه لم يرجع مع الأمر، فعدم الرجوع بدونه بالأولى. انتهى. ولعلَّ المصنِّفَ بهذا النظر لم يقيِّد الكفالةَ في تلك الصورة بذلك القيدِ ليعمَّ الوجهين.

[١]قوله: **وقعت غيرُ موجبة للرجوع**؛ فلا تنقلب موجبةً له بعد ذلك، كما إذا كَفِلَ عن غيره بغير أمرِهِ فأجازه فأدَّى الكفيلُ المكفول به لا يرجع؛ لأن معنى الأمر وإن تحقَّقَ في حالةِ البقاء لم يوجب حكم الابتداء، وهو الرجوع.

بخلاف ما إذا أعتقَ الراهنُ المرهون وهو معه، وسعى العبدُ في الدين رجع به على السيِّد؛ لأن استيجاب الدين على السيد لم يثبت إلاَّ بعد العتق؛ لكونه غير مطلوب قبل العتق، فلا يكون مِمَّا نحن بصدده. كما صرَّحوا به.

[٢]قوله: **وعند زفر رضي الله عنه**...الخ؛ حاصلُهُ: إن زفر رضي الله عنه قال: يرجعُ كلُّ واحدٍ منهما على صاحبه إذا كانت الكفالةُ بأمره؛ لأن الموجبَ للرجوع، وهو الكفالةُ بأمره قد تحقَّق، والمانع عن الرجوع، وهو كونه عبداً قد زال فيجب الرجوع.

(١) أي كما لو كفل رجل عن رجل بغير أمره فأجاز الكفالة لم تكن كفالته موجبة للرجوع. ينظر: «الدر المنتقى»(٢: ١٤٥).

(٢) «منح الغفار»(ق٩٠/أ).

كتاب الحوالة[1]

[1]قوله: كتاب الحوالة؛ لَمَّا فرغَ المصنِّفُ ﷺ عن مسائل الكفالةِ شرعَ في كتابِ الحوالةِ بمناسبةِ أن كلاً من الحوالةِ والكفالةِ عقدُ التزام ما على الأصيل المتوثق إلاّ أن الحوالةَ تتضمَّنُ إبراءَ الأصيل إبراءً مقيَّداً كما ستعرف، فكانت كالمركب مع الفرد، والمفرد يقتضي التقدم، فلزم تأخير الحوالة؛ ليوافق الوضع الطبع.

وأيضاً الكفالةُ كما تتعلّقُ بالدين تتعلّقُ بالعين، فكانت أعمَّ أحكاماً بخلاف الحوالة، فإنّها تختصُّ بالدين؛ فلذا قدمت الكفالةُ على الحوالة.

وقال في «المصباح المنير»[1]: تحوَّل عن المكان: انتقل عنه وحوَّلته تحويلاً، نقلَه من موضعٍ إلى موضع، وحوّل هو تحويلاً يستعملُ لازماً ومتعدياً، وحوَّلتُ الرداء نقلةُ كلِّ طرفٍ إلى موضعِ الآخر، والحوالةُ مأخوذة من هذا، فأحلتُه بدينِه نقلتُه إلى ذمّةِ غيرِ ذمّتك، وأحلتُ الشيء إحالةً نقلتُه أيضاً. انتهى.

ولذا قال في «المغرب»[2]: تركيب الحوالة يدلُّ على الزوال والنقل، ومنه التحويل، وهو نقل الشيء من محلٍّ إلى محلّ.

وهو في اصطلاح الفقهاء: نقلُ الدين من ذمّةٍ إلى ذمّة. كما ذكره الشارحُ ﷺ. وفي عرفِهم يقال: المديون: محيلاً. والدائن: محتالاً، ومحتالاً له، ومحالاً له، ومَن يقبلُ الحوالة: محتالاً عليه ومحالاً عليه، والمال محالاً به.

والحوالة مشروعة: بالإجماع، وقال النبي ﷺ: «مَن أحيل على مليء فليتبع»، رواه الطَّبَرَانِيُّ[3] عن الأعرج عن أبي هريرة ﷺ، والأمر بالاتباع دليل الجواز؛ ولأنه التزام ما يقدر على تسليمه، فوجب القولُ بصحّته دفعاً للحاجة.

وشرطُ صحَّتِها:

في المحيل: العقل؛ فلا تصحُّ حوالةُ مجهولٍ وصبيٍّ لا يعقلُ، والرضا فلا تصحُّ حوالةُ المُكْرَه، وأمّا البلوغ فشرطُ النفاذ، فصحّة حوالةِ الصبيِّ العاقلِ موقوفةٌ على

---

(١) «المصباح المنير»(ص١٥٧).

(٢) «المغرب»(ص١٣٤).

(٣) في «المعجم الأوسط»(٨: ٢٦٢)، وأصله في «صحيح مسلم»(٣: ١١٩٧).

هي تصحُّ بالدَّينِ برضاءِ المحيل، والمحتال، والمحتالِ عليه

(هي تصحُّ بالدَّينِ[١] برضاءِ[٢] المحيل، والمحتال، والمحتال عليه)

إجازة وليِّه، وليس منها الحرِّية فتصحُّ حوالةُ العبدِ مطلقاً، غير أن المأذون يطالب للحال، والمحجور بعد العتق، ولا الصحّةُ فتصحُّ من المريض.

وفي المحتال: العقل، والرضاء، وأمّا البلوغ شرط النفاذ أيضاً، فالعقد احتيال الصبي موقوفاً على إجازة وليِّه إن كان الثاني أملأ من الأوّل كاحتيال الوصي بمال اليتيم، ومن شرط صحّتِها المجلس.

قال في «الخانيّة»(١): والشرط حضرة المحتال فقط حتى لا تصحّ في غيبتِه إلاَّ أن يقبل عنه آخر، وأمّا غيبةُ المحتال عليه فلا تمنعُ حتى لو أحال عليه فبلغَه فأجاز صحَّ، وهكذا في «البَزَّازيّة»(٢)، ولا بُدَّ في قبولِها من الرضا فلو أُكْرِهَ على قَبولها لم تصحّ.

وفي المحال به: أن يكون ديناً لازماً فلا تصحّ ببدل الكتابةِ كالكفالة. كذا في «النهر»، وغيره، وزيادة التفصيل في «البحر الرائق»(٣)، و«الفتاوى العالمكيرية»(٤)، فإن شئت فارجع إليها.

[١]قوله: بالدين؛ وإنّما اختصَّت الحوالة بالدين؛ لأنّها تنبيء عن النقل والتحويل، وهو لا يكون إلاَّ في الدين؛ لأن الدينَ وصفٌ شرعيٌّ، وهذا المنقولُ حكمٌ شرعيٌّ يظهرُ أثرُه في المطالبة، فجازَ أن يؤثِّرَ الشرعيُّ في الثابتِ شرعاً.

وأمّا العين فحسيٌّ فلا تنتقل بالنقل الحكميّ، بل بالنقل الحسيّ، فلا بُدَّ من أن يكون للمحتال دين على المحيل؛ فلذا قال في «القنية»(٥): أحالَ عليه مئةً من الحنطةِ ولم يكن للمحيل على المحتال عليه شيء ولا للمحتال على المحيل، فقبل المحتال عليه ذلك لا شيء عليه.

[٢]قوله: برضاء المحيل والمحتال والمحتال عليه؛ وخرج بالرضاء الإكراه، فلا تصحُّ

---

(١) «الفتاوى الخانية»(٣: ٧٢ - ٧٣).

(٢) «الفتاوى البزازية»(٦: ٢١).

(٣) «البحر الرائق»(٦: ٢٦٧ - ٢٦٨).

(٤) «الفتاوى الهندية»(٣: ٢٩٥ - ٢٩٦).

(٥) «قنية المنية»(ق٢٤١/أ).

....

....

مع إكراه المحيل أو المحتال أو المحتال عليه، والمراد بالرضاء: القبول في مجلس الإيجاب، فإنّ قبولَها في مجلس الإيجابِ شرطُ الانعقادِ صرَّحَ به في «البحر»[١]، فالحوالةُ لا تصحُّ إلاَّ برضاءِ المحيل والمحتال والمحتال عليه.

أمّا صحَّة الحوالة برضاء المحتال؛ فلأنّ الدين حقُّه والذمم متفاوتة في المطالبة والأداء، فلا بُدَّ من رضاه؛ لاختلاف الناس في الايفاء، فمنهم: مَن يماطل مع القدرة، ومنهم: مَن يوفِّي ناقصاً، ومنهم: مَن هو بالعكس، فلا يلزمُه بدون رضاه.

وأمّا صحَّتُها برضاء المحتال عليه؛ فلأن الدينَ يلزمُه، ويختلفُ عليه الطلب، فمنهم: مَن يعنِّف فيه ويستعجل، ومنهم: مَن يساهل ويمهل ويسامح فلا بُدَّ من التزامه، والأصحُّ في مذهب الشافعي ﷺ أن لا حاجة إلى رضاه إذا كان المحال به دين المحيل، وهو قول مالك وأحمد ﷺ؛ لأن الحقَّ للمحيل، فله أن يستردَّه بنفسه أو بغيره.

وأمّا صحّتها برضاء المحيل، فهي رواية «القُدُوري»[٢]، واختاره المصنِّف ﷺ، ووجهه: أن ذوي المروءات قلَّما يرضونَ بتحمُّلِ غيرهم ما عليهم من الدين، فلا بُدَّ من رضائهم.

وذكر في «الزيادات» إنها تصحُّ بدون رضاء المحيل؛ لأن التزامَ الدين من المحتال تصرُّفٌ في حقِّ نفسه، والمحيل لا يتضرر بهذا التصرُّف، بل فيه نفع المحيل عاجلاً باندفاع المطالبة عنه في الحال، وآجلاً بعدم الرجوع عليه؛ لأنه لا يرجع إلاَّ بأمره، قيل: وعلى هذا يكون فائدةُ اشتراطه الرجوع عليه إذا كانت بأمره.

وقيل: لعلَّ موضوع ما ذكره القُدُوريّ ﷺ[٣]: أن يكون للمحيل على المحال عليه دينٌ بقدر ما يقبل الحوالة، فإنّها حينئذٍ تكون اسقاطاً لمطالبة المحيل عن المحال به، فلا يصحُّ إلا برضاه.

والظاهرُ أن الحوالةَ قد يكون ابتداؤها من المحيل، وقد يكون من المحال عليه،

---

(١) «البحر الرائق»(٦ : ٢٦٨).

(٢) «مختصر القدوري»(ص٥٧).

(٣) في «مختصره»(ص٥٧).

....

الحوالةُ: نقلُ الدَّينِ من ذمَّةٍ إلى ذمَّة[1].

قولُهُ بالدين: أي دينُ المحتالِ على المحيل.

هذا الذي ذَكَرَهُ رواية «القُدُورِيّ»(١)، وفي روايةِ «الزِّياداتِ»: تصحُّ بلا رضى المحيل(٢).

وصورتُهُ: أن يقولَ رجلٌ للطالبِ إن لكَ على فلانٍ كذا، فاحتَلْهُ عليَّ، فرضيَ بذلك الطَّالبُ، صحَّتِ الحوالةُ، وبرئَ الأصيل.

وصورةٌ أُخْرَى: كَفِلَ رجلٌ عن آخر بغيرِ أمرِهِ بشرطِ براءةِ الأصيلِ، أو قَبِلَ المكفولُ ذلك صحَّتِ الكفالة

والأول إحالة، وهي فعلٌ اختياري لا يتصوَّر بدون الإرادة والرضاء، وهو وجهُ رواية القُدُوريّ، والثاني: احتيال يتمّ بدون إرادة المحيل بإرادة المحال عليه ورضاه.

وهو وجه رواية «الزيادات»، وعلى هذا اشتراطه مطلقاً كما ذهب إليه الأئمة الثلاثة بناءً على أن إيفاءَ الحقِّ حقّه، فله إيفاؤه من حيث شاء من غير قسم عليه بتعيين بعض الجهات أو عدم اشتراطه مطلقاً كما ذهب إليه بعض الشارحين بناءً على رواية «الزيادات» ليس على ما ينبغي. ذكره في «العناية»(٣).

وقال الزَّيْلَعِيّ ﷺ(٤): إن الحوالةَ تصحُّ بدون رضاه: أي رضاء المحيل، وإنّما يشترط رضاه للرجوع عليه أو ليسقط دينه، ونظيرُها الكفالة؛ لأنها تصحّ بدون رضاء المكفول عنه. انتهى.

[1]قوله: من ذمّة إلى ذمّة؛ أي من ذمّةِ المحيلِ إلى ذمّةِ المحتال عليه، فلو دفعَ المحتالُ عليه الدين إلى المحيل ضمنَه؛ لأنه استهلكَ ما تعلَّقَ به حقُّ المحتال كما استهلك الرهن أحدٌ يضمنه للمرتهن؛ لأنه يستحقُّه. ذكره شيخنا العلامة الطَّحْطَاوي في «حاشيته على الدر المختار»(٥).

---

(١) «مختصر القدوري»(ص٥٧).

(٢) وإنما يشترط للرجوع عليه، أو لسقوط دينه على المحتال عليه؛ لأن الحوالة فيها نفعه، وهو سقوط ما عليه من الدين فصار كالمكفول عنه، حيث تصح الكفالة بلا رضاه. ينظر: «فتح باب العناية»(٣: ٥٠٩).

(٣) «العناية»(٦: ٣٤٧).

(٤) في «تبيين الحقائق»(٤: ١٧١).

(٥) «حاشية الطحطاوي»(٣: ١٦٧).

وإذا تَمَّتْ برئَ المحيلُ من الدَّينِ بالقبول

وتكون[١] هذه الكفالةُ حوالةً، كما أن الحوالةَ بشرطِ أن لا يَبْرَأَ الأصيلُ كفالةً.

(وإذا تَمَّتْ[٢] برئَ المحيلُ من الدَّينِ بالقبول

[١]قوله: ويكون...الخ؛ حاصله أنَّ الكفالةَ بشرطِ براءةِ الأصيلِ حوالة، والحوالةُ بشرطِ عدمِ براءةِ المحيلِ كفالة.

[٢]قوله: وإذا تمّت...الخ؛ أي إذا تمَّتِ الحوالةُ بقبولِ المحيلِ والمحتالِ والمحتال عليه، فقد برئَ المحيلُ من الدين. فقوله: بالقبول؛ متعلّقٌ بقوله: تمّت، ولو ذكرَه بجنبهِ لكان أولى، وقال زفرُ والقاسمُ بن معين ﷺ: لا يبرؤ؛ لأنَّ المقصودَ بالحوالةِ هو التوثُّقُ كالكفالة، فلا تؤثّرُ في سقوطِ ما كان له من المطالبة، وقال ابنُ أبي ليلى: يبرؤ في الكفالة أيضاً اعتباراً بالحوالة.

ولنا: إنَّ الأحكامَ الشرعيَّة تثبتُ على وفق المعاني اللغويّة، ومعنى الحوالة في اللّغة: هو النقلُ والتحويل، وهو لا يتحقَّقُ إلا بفراغ ذمَّةِ الأصيل؛ لأنَّ الدَّين متى انتقل من ذمَّة لا يبقى فيها، والكفالة معناها: الضمّ، فيقتضي أن يكون موجبُها ضمُّ الذمَّةِ إلى الذمَّة، ولا يتحقَّقُ ذلك مع براءة الأصيل.

فإن قيل: الحوالةُ بغير أمرٍ حوالةٌ صحيحة، كما صرَّحوا به، ولا نقلَ فيها ولا تحويل.

قلنا: لا نسلّم أنَّ لا نقلَ فيها ولا تحويل؛ فإنّه بعد أداءِ الدَّينِ ظاهر التحقُّق؛ ولهذا لا يبقى على المحيل شيء، نعم بقي هاهنا شيءٌ، وهو أنَّ الدَّينَ لَمَّا انتقلَ بالحوالةِ من ذمَّةِ المحيل، كما هو قولُكم فيلزمُ أن يكون المحيلُ متبرِّعاً في أداءه.

والمتبِّرعُ لو أدّى دين مديونٍ لا يجبرُ ربُّ الدين على القبول، وفي الحوالة يجبر، فظهر أنّه ليس بمتبرّع، فعلم أنَّ الدَّينَ باقٍ في ذمَّته كما كان، فلم يوحّد معنى النقل والتحويل.

ويمكن الجوابُ: بأنَّ الأجنبيَّ متبرّعٌ والمحيلُ غيرُ متبرّع؛ لأنّه يحتملُ عودَ المطالبةِ إليه بالتَّوَى، فلم يكن أجنبيّاً؛ لأنّ قصده دفعُ الضررِ عن نفسه.

ثم اختلفوا في البراءة؛ فقال أبو يوسف ﷺ: يبرؤ عن الدَّينِ والمطالبة، وقال محمَّد ﷺ: يبرؤ عن المطالبةِ فقط، ولا يبرؤ عن الدّين، وثمرةُ الخلاف تظهر في موضعين:

ولم يَرْجِعْ عليه المحتالُ، إلاّ إذا تَوَى حقُّهُ

ولم يَرْجِعْ[1] عليه المحتالُ): أي لم يَرْجِعْ المحتالُ بدينِهِ على المحيلِ، (إلاّ إذا تَوَى[2](1) حقُّهُ

الأوّل: إذا أبرأ المحتال المحيل من الدَّين، فعند الأوّل لا يصحّ، وعند الثاني يصحّ.

والثَّاني: إنّ الراهنَ إذا أحالَ المرتهن بالدينِ على إنسانٍ كان للراهنِ أن يستردَّ الرهن عند الأوّل، كما لو أبرأه من الدين، وليس له ذلك، عند الثاني، كما لو أجَّل الدَّين.

ومقتضى ما ذكره المصنّف ﷺ من براءةِ المحيل أنّ المشتري لو أحال البائعَ بالثمنِ على أجلٍ لم يملك حبسَ المبيع، وكذا لو أحالَ المرتهنُ الرهنَ لا يحبس، ولو أحالَ الزوجُ المرأةَ بصداقها لم تحبسْ نفسها، بخلافِ العكس في الثلاثة، صرَّح به في «البحر»(2)، وغيره.

[1]قوله: ولم يرجع...الخ؛ هذا إذ لم يشترط الخيارَ للمحال، أو لم يفسخها المحيل والمحتال، أمّا إذا جعلَ للمحالِ الخيار، أو أحاله على أنّ له أن يرجعَ على أيّاهما شاء صحَّ، كذا في «البَزَّازيّة»(3).

وكذا إذا فسخت رجعَ المحتالُ على المحيلِ بدينه؛ ولذا قال في «البدائع»(4): إنَّ حكمهما ينتهي بفسخها وبالتَّوَى وفي «البزازية»(5): المحيلُ والمحتالُ يملكُ النقض، فيبرؤُ المحتالُ عليه.

وفي «الذخيرة»: إذا أحالَ المديونُ الطالبَ على رجلٍ بألفٍ أو بجميع حقّه وقبل منه، ثمّ أحالَه بجميع حقّه على آخر، وقبلَ منه صار الثاني نقضاً للأوّل وبرأ الأوّل. كذا في «البحر»(6).

[2]قوله: إلا إذا تَوَى حقّه؛ وقال الشافعيّ ﷺ: لا يرجع عليه إن تَوَى حقّه؛

---

(1) تَوَى: هَلَك. ينظر: «المصباح»(ص79)

(2) «البحر الرائق»(6: 267).

(3) «الفتاوى البزازية»(6: 24).

(4) «بدائع الصنائع»(6: 18).

(5) «الفتاوى البزازية»(6: 21).

(6) «البحر الرائق»(6: 272).

بموتِ المحتالِ عليه

بموتِ المحتالِ عليه[1]

لأنَّ الدَّينَ انتقلَ من ذمّتِهِ فبرئت، فلا يعودُ إليه إلاَّ بسببٍ جديد، فصارَ كالغاصب، وغاصبُ الغاصب إذا اختارَ المغصوبَ منه تضمينُ أحدٍ بما برئت ذمَّة الآخر، ثمَّ بالتَّوَى عنده لا يعودُ الحقُّ على الآخر.

ولنا: ما رُوِي عن عثمانَ ﷺ موقوفاً ومرفوعاً في المحتالِ عليه إذا مات مُفْلِساً يعودُ الدَّينُ إلى ذمَّة المحيل، وقال: «لا تَوَى على مالِ امرئٍ مسلم»(١)؛ ولأنَّ المحتال إنّما رضيَ بهذا النقل بشرطِ وصولِ الدينِ من جهة المحتالِ عليه بدلالةِ الحال، وقد فاتَ هذا الشرطُ بالتَّوَى، فيعودُ حقُّه إلى ذمَّة المحيل؛ لأنّ ذمّة المحالِ عليه خلفٌ عن ذمَّة المحيلِ بإحالته.

فإذا فاتَ الخلفَ رجعَ بالأصيل، كما أنَّ البيعَ في العرفِ يرادُ به سلامةُ المبيع للمشتري، وسلامته من العيب، فعند فواته بالاستحقاقِ أو بالهلاك أو عند فواتِ وصفِ السلامةِ يرجعُ المشتري بالعوض.

بخلاف الغاصبِ وغاصب الغاصب؛ فإنّ أحدَهما ليس بخلفٍ عن الآخر، وإنّما يثبت للمالكِ الخيارُ ابتداءً بملك المغصوب من أيّهما شاء، فيأخذُ منه عوضَهُ من غيرِ أن يحيلَه عليه أحد، فلا يرجعُ على أحد فافترقا.

[1]قوله: بموتِ المحتال عليه...الخ؛ التَّوَى على وزن الحَصَى، وقد يمدّ: وهو الهلاك، كذا في «المصباح»(٢)، وفي الشرع: أحد الأمرين عند أبي حنيفةَ ﷺ، وأحد الأمورِ الثلاثةِ عند صاحبيه، أمّا الأمران:

أحدهما: موتُ المحتالِ عليه مفلساً بأن لم يتركْ مالاً عيناً ولا ديناً ولا كفيلاً، والمرادُ بالعين: ما يفي بالمحال به، وكذا يقال في الدَّين، ولا بدَّ في الكفيل أن يكون كفيلاً بجميعه، فلو كفل البعض فقد توى الباقي، كما صرَّحوا به، والمرادُ بالدَّين ما يمكن أن يثبتُ في الذمَّة، فيشمل: النقود، والمكيلات، والموزونات.

---

(١) في «سنن البيهقي الكبير»(٦: ٧١)، وغيرها.

(٢) «المصباح المنير»(ص٧٩).

مُفْلِساً، أو حَلَفَهُ مُنْكِراً حوالةً لا بيِّنة عليها، وقالا: أو بانَ فَلَسَهُ القاضي

مُفْلِساً[١]، أو حَلَفَهُ مُنْكِراً حوالةً لا بيِّنة عليها، وقالا: أو بانَ فَلَسَهُ القاضي[٢])

وقال في «الفتاوى العالمكيريّة»(١) نقلاً عن «المحيط»: و[لو] كان القاضي يعلمُ أنَّ للميِّت ديناً على مُفْلِس، فعلى قول الإمام لا يقضي ببطلان الحوالة. انتهى. ووجودُ الكفيلِ يمنع موتَه مُفْلِساً على ما في «الزيادات»، وفي «الخلاصة» لا يمنع. كذا في «المنح»(٢)، وقد جزمَ صاحبُ «الفتح»(٣) بما في «الزيادات» بلا ذكرِ خلاف.

والثاني: أن يجحدَ المحالُ عليه الحوالة، ويحلفُ ولا بيِّنةَ للمحيلِ ولا المحتالِ على المحتال عليه، فإنَّ هلاكَ دينِ المحتالِ يتحقَّقُ بكلٍّ واحدٍ من الموتِ والحلف المذكورين.

ولو اختلفا، فقال المحتال: مات مفلسا، وقال المحيل بخلافِه، فالقول للمحتال مع اليمينِ على العلم؛ لأنّه متمسِّكٌ بالأصل وهو العسرة، كما لو كان حيّاً وأنكر اليسر، ذكره العلاَّمة الشُّمُنِّيُّ ﷺ(٤) نقلاً عن «المبسوط»(٥).

وأمّا الأمورُ الثلاثةِ التي يثبتُ التَّوَى بأحدِها عند صاحبيه، فالإثنان منها ما مرّ، وأمّا الثالث: فهو أن يفلسَه القاضي: أي يحكم بإفلاسه في حياته.

[١]قوله: **مفلساً**؛ بالتخفيفِ مصدره: إفلاس، قال في «المصباح المنير»(٦): أفلس الرجلُ كأنّه صارَ إلى حالٍ ليس له فلوس، كما يقال: أَقْهَرَ؛ إذا صارَ إلى حالٍ يُقْهَرُ عليه، وبعضُهم يقول: صار ذا فلوسٍ بعد أن كان ذا دراهم، فهو مفلسٌ، والجمع مفاليس، وحقيقةُ الانتقال من حالة اليسرِ إلى حالة العسرة. انتهى.

[٢]قوله: **بان فَلَسَه القاضي**؛ قال في «المصباح»(٧): فَلَّسَه القاضي تفليساً: نادى عليه وأشهرَه بين الناسِ بأنّه صار مُفْلِساً. انتهى. وهذا مبنيٌّ على أنَّ تفليسَ القاضي

---

(١) «الفتاوى الهندية»(٣: ٢٩٧).

(٢) «منح الغفار»(ق٢: ٩١/ب).

(٣) «فتح القدير»(٦: ٣٥١).

(٤) في «كمال الدراية»(ق٥٠٥).

(٥) «المبسوط»(٢٠: ٤٩).

(٦) «المصباح المنير»(ص٤٨١).

(٧) «المصباح المنير»(ص٤٨١).

وتصحُّ: بدراهمِ الوديعةِ، ويبرؤُ بهلاكِها

فإنَّ تفليسَ القاضي معتبرٌ عندهما[1] وعند الشَّافِعِيِّ(١) ﷺ، وعند أبي حنيفةَ ﷺ لا، إذ لا[2] وقوفَ لأحدٍ على ذلك إلا بالشهادة، فالشَّهادةُ على أن لا مال له شهادةٌ على النَّفي.

(وتصحُّ:

١. بدراهمِ الوديعةِ[3]، ويبرؤُ بهلاكِها[4]): أي يَبْرؤُ المؤدِّي، وهو المحتالُ عليه من الحوالةِ بهلاكِ الوديعةِ في يدِه.

يصحُّ عندهما لا عنده.

وقال في «ردّ المحتار»(٢): ظاهرُ كلامهم متوناً وشروحاً تصحيحُ قولِ الإمام، ونقلَ تصحيحه العلاَّمةُ قاسم، ولم أرَ مَن صحَّح قولهما، نعم صحَّحوه في صحَّةِ الحجر على السَّفيه؛ صيانةً لماله. انتهى.

[1]قوله: **معتبرٌ عندهما**؛ لأنّ التَّوَى، وهو العجزُ عن الوصولِ إلى الحقّ، وقد حصلَ هذا؛ لأنّه عَجِزَ من استيفاء حقّه فصارَ كموتِ المحتالِ عليه.

[2]قوله: **إذ لا...الخ**؛ ولأنّه عجزَ عن ذلك عجزاً يتوهَّمُ ارتفاعَهُ بحدوثِ مالٍ له، فلا يعودُ بتفليسِ القاضي على المحيل؛ ولأنَّ المال غادٍ ورائح، فقد يصبحُ الرَّجلُ غنيّاً ويمسي فقيراً وبالعكس.

[3]قوله: **وتصحُّ بدراهم الوديعة**؛ يعني إذا أودعَ رجلٌ رجلاً ألفَ درهمٍ مثلاً، وأحالَ فيها عليه آخر صحَّتِ الحوالة؛ لأنّه أقدرُ على التسليم، وكانت أولى بالجواز، والمراد بالوديعة: الأمانة. كما عبَّر به في «الفتح»(٣)، وغيره، فيعمُّ العاريةَ والموهوبَ إذا تراضيا على ردِّه، أو قضى القاضي به، والعينَ المستأجرةَ إذا انقضت مدَّة الإجارة.

[4]قوله: **ويبرؤُ بهلاكها**؛ يعني إن هلكت تلك الدَّراهمُ المودعةُ برئ المودع، وهو المحتال عليه عن الحوالة؛ لأنَّ المحتالَ عليهِ التزمَ الأداء من هذه الدّراهم، وهي قد هلكت أمانةً، وعادَ الدَّينُ على المحيل؛ لأنَّه تَوَى حقّه.

---

(١) ينظر: «المنهاج» وشرحه «مغني المحتاج»(٢: ١٩٥).

(٢) «رد المحتار»(٤: ٢٩٣).

(٣) «فتح القدير»(٨: ٣٧٥).

وبالمغصوبةِ ولم يبرأْ بهلاكِها، وبالدَّين، فلا يطالبُ المحيلُ المحتالَ عليه

٢. (**وبالمغصوبةِ**[١] **ولم يبرأْ بهلاكِها**): أي لم يبرأْ الغاصبُ بهلاكِ الدَّراهمِ المغصوبة؛ لأنَّ القيمةَ تخلِفُها[٢].

٣. (**وبالدَّين**): أي بدينِ المحيلِ على المحتالِ عليه.

(**فلا يطالبُ**[٣] **المحيلُ المحتالَ عليه**)(١)؛ لأنَّه تعلَّق به حقُّ المحتال

وأمّا ما سبق من أنّ التَّوَى بوجهين عنده، وبثلاثةِ أوجهٍ عندهما، ففي الحوالةِ المطلقةِ وهذه الحوالةِ مقيَّدة فلا يردُّ بهذا الوجه الرابع.

[١]قوله: **وبالمغصوبة**؛ أي وتصحّ الحوالةُ بالدراهم المغصوبة، فإذا هلكت لا تبطلُ الحوالة، ولا يبرؤُ المحال عليه؛ لأنَّ الواجبَ على الغاصب ردُّ العين، فإن عجزَ عن ردِّ العينِ ردَّ المثلَ أو القيمة، فإذا هلكَ في يدِ الغاصب لا يبرؤُ به؛ لأنَّ المغصوبَ يخلفُه القيمةُ، والفوات إلى خلف كعدمِ الفوات، فبقيت متعلّقة بخلف فيرد خلفه على المحتالِ عليه.

وإنّما قيَّد عدم البراءةِ من المغصوبةِ بهلاكِها؛ لأنَّ المحالَ عليه يبرؤُ باستحقاقها؛ لأنّها به وصلت إلى مالكها، ووصولُ المغصوبِ إلى مالكِهِ يوجبُ براءة غاصبه، فقد فات ما يفيدُ الحوالة لا إلى خلف، صرَّح به الشُّمُنِّيُّ ﷺ(٢)، وغيره.

[٢]قوله: **لأنَّ القيمةَ تخلفُها**؛ هاهنا تسامحَ الشارحُ ﷺ؛ فإنَّ الكلامَ في الدراهم، وهي مثليّةٌ لا من ذوات القيمِ حتى يخلفَها القيمة.

[٣]قوله: **فلا يطالب**...الخ؛ يعني حكمُ الحوالةِ المقيَّدةِ في هذه الأقسامِ الثلاثة، وهي المقيَّدةُ بعينِ أمانةٍ أو مغصوبةٍ أو بدينٍ خاصٍّ أن لا يملكَ المحيلُ مطالبةَ المحالِ عليه بذلك العين، ولا بذلك الدَّين؛ لأنَّ الحوالةَ لما قُيِّدت بها تعلَّقَ حقُّ الطالب به، وهو استيفاءُ دينِهِ منه على مثالِ الرهن، وأخذُ المحيل يبطلُ هذا الحقّ، فلا يجوز.

فلو دفعَ المحالُ عليه العينَ أو الدَّين إلى المحيلِ ضمنَهُ للطالب؛ لأنّه استهلكَ ما

---

(١) أي إذا قيدت الحوالة بالدين الخاص أو العين مثل الوديعة أو الغصب صحت وحكمها أن لا يطالب المحيل المحتال، وليس للمحتال عليه دفعها للمحيل، فلو دفع إليه ضمن. ينظر: «الدر المنتقى»(٢: ١٤٩).

(٢) في «كمال الدراية»(ق٥٠٦).

مع أنَّ المحتالَ أسوةٌ لغرماءِ المحيلِ بعد موتِهِ

(مع أنَّ المحتالَ[1] أسوةٌ لغرماءِ المحيلِ بعد موتِهِ)، إنَّما قال هذا؛ لدفعِ تَوَهُّمِ أن المحتالَ لَمَّا كان أسوةً لغرماءِ المحيلِ بعد موتِهِ يكونُ حقُّ المحيلِ متعلِّقاً بذلك الدَّين، فينبغي أن يكونَ للمحيلِ حقُّ الطَّلبِ من المحتالِ عليه.

فالحاصلُ أنَّ الحوالةَ بالدَّينِ وإن كانت موجبةً لتعلُّقِ حقِّ المحتالِ بذلك الدَّين، لكنَّها أدنى مرتبةً من الرَّهنِ، حتَّى لا يكونَ المحتالُ أحقَّ به بعد موتِ المحيل.

تعلَّق به حقُّ المحتال، كما إذا استهلكَ الرهن أحدٌ يضمنُهُ للمرتهن؛ لأنَّه يستحقُّه. صرَّح به في «الفتح»[1]، وغيره.

[1]قوله: مع أنَّ المحتال...الخ؛ مع أنّ هذه الأموالَ إذا تعلَّق بها حقّ المحتالِ كان ينبغي أن لا يكون المحتالُ أسوةً لغرماء المحيلِ بعد موته، كما في الرهن مع [أنه] أسوةٌ لهم؛ لأنَّ العينَ التي بيدِ المحتالِ عليه للمحيل.

والدَّينُ الذي له عليه لم يصر مملوكاً للمحالِ بعقدِ الحوالة لا يداً وهو ظاهر، ولا رقبةً؛ لأنّ الحوالةَ ما وضعت للتمليك، بل للنقل، فيكونُ بين الغرماء، وأمّا المُرْتَهِنُ فملكَ المرهونَ يداً وحبساً، فيثبتُ له نوعُ اختصاصٍ بالمرهونِ شرعاً، ولم يثبتْ لغيره، فلا يكون لغيرِهِ أن يشاركَه فيه. كذا في «الدرر»[2].

فالحاصلُ أنّ المحيلَ لو مات كان الدَّينُ والعينُ المحتالُ بهما بين غرمائه بالحصص.

وقال زفرُ ﷺ: يختصُّ به المحتال، وهو القياس؛ لأنَّ حقَّه متعلّقٌ به حالَ حياتِه، والمحيلُ كالأجنبيُّ عنه، حتى لا يكون له أخذُه، فصار كالخارجِ عن ملكه، فلا تُقْضَى به ديونُهُ ولَئِن كان ملكَهُ ثابتاً فتعلّقُ حقِّ المحتالِ سابقٌ: كالمرهونِ يختصُّ بها المُرْتَهنُ؛ لتعلّقِ حقّه به سابقاً على حقّه، وكدينِ الصحَّةِ يقدَّمُ على دينِ المرض لما قلنا.

ولنا: أنّ هذا مالُ المحيلِ لم يثبتْ لغيرِهِ عليه يدُ الاستيفاء، فيكون بين غرمائِه؛ وهذا لأنّه لم يملكْه المحتال؛ لأنَّ تمليكَ الدينِ من غيرِ مَن عليه الدَّينِ باطلٌ، لكن بالحوالةِ وجبَ للمحتالِ في ذمَّةِ المحال عليه دينٌ مع بقاء دينِ المحيل؛ ولهذا لو تَوَى [ما على] المحالِ عليه يَتْوى على المحيل، ولم يثبتْ عليه أيضاً يدُ الاستيفاء؛ لأنّ ثبوتَ اليدِ على ما في ذمَّةِ الغيرِ لا يتصوَّر.

---

(١) «فتح القدير»(٦: ٣٥٤).

(٢) «درر الحكام»(٢: ٣٠٩).

وفي المطلقةِ له الطَّلبُ من المحتال عليه، ولم تبطلْ بأخذِ ما عليه أو عنده

(**وفي المطلقةِ**[1] **له الطَّلبُ من المحتالِ عليه**): أي إذا كانت الحوالةُ مطلقةً غيرَ مقيَّدةً بالوديعةِ، أو المغصوبِ، أو الدَّين، فللمحيلِ طلبُ الوديعةِ، والمغصوبِ، والدَّينِ من المحتالِ عليه.

(**ولم تبطلْ بأخذِ ما عليه أو عنده**)

وإنّما لم يكن للمحيلِ أن يأخذَه؛ لأنَّ المحالَ عليه لا يقبل بحوالةٍ إلاَّ ليتملّكَ ما في ذمّتِهِ أو ليُوفِي من ذلك المال، فلو أخذَه يفوتُ الرِّضاءُ، فتبطلُ الحوالةُ بخلافِ الرَّهن؛ لأنّه يثبتُ عليه يدُ الاستيفاء؛ ولهذا لو هلكَ يهلكُ على المُرْتَهِن، فكان هو أحقُّ به، وكان ينبغي للمحتالِ أن لا يكونَ له حقُّ المزاحمة؛ لأنّ دَينه تحوَّل إلى ذمَّةِ المحالِ عليه، فلا يزاحمُ غرماءُ المحيلِ كما إذا كانت الحوالةُ مطلقة.

وإنّما يثبتُ حقُّ المزاحمة؛ لأنَّ الحوالةَ كانت مقيَّدةً بذلك المال، فإذا أخذَ منه ذلك المالُ فاتَ الرِّضاءُ بالحوالة، فتبطلُ الحوالة، فيعودُ الدَّينُ إلى ذمَّةِ المحيلِ على ما كان قبل الحوالة، واستوضحَ ذلك بمسألةِ الوديعةِ والغصبِ ونحوهما، بخلاف ما إذا كانت مطلقة؛ لأنَّ المحيل بالحوالةِ بريءٌ من دين المحتال.

وصار المحتالُ من غرماءِ المحال عليه، فلم يتعلَّق له حقٌّ بماله، فلا يزاحمُ غرماءَ المحيل، وإذا قسّمَ الدَّين بين غرماءِ المحيل لا يرجعُ المحتالُ على المحيلِ بحصَّةِ الغرماء؛ لأنّ الدَّين الذي على المحالِ عليه صارَ مستحقّاً، فليس له أن يرجعَ عليه به، كما لو استحقَّ الرهن، ولا بما بقيَ من دينِهِ بعد المُحَاصَّة؛ لأنّه صار تأويّاً فلا يرجعُ به على أحد. كذا في «التبيين»(١)، وغيره.

[1]قوله: وفي المطلقة... الخ؛ المطلقةُ: هي أن يقول المحيلُ للمطالب: أحلتُك بالألفِ التي لك على هذا الرجل، [و] لم يَقُلْ ليؤدِّيها من المالِ الذي [لي] عليه، فلو لم يكن عنده وديعةٌ أو مغصوبةٌ أو دينٌ كان له أن يطالبَه به؛ لأنّه لا تعلّق للمحتال بذلكِ الدَّين أو العين؛ لوقوعِها مطلقةً عنه، بل بذمّةِ المحتالِ عليه، وفي الذمّة سعة، فيأخذُ دينَه أو عينَه من المحتالِ عليه لا تبطلُ الحوالة.

ومن المطلقة: أن يحيلَ على رجلٍ ليس له عنده ولا عليه شيء.

---

(١) «تبيين الحقائق»(٤: ١٧٤).

....

أي لم تبطل[1] الحوالةُ بأخذِ المحيلِ ما على المحتالِ عليه، أو عندَهُ، وهو الدَّينُ، والمغصوبُ والوديعةُ سواءٌ كانتْ الحوالةُ مطلقةً أو مقيَّدةً، ففي المطلقةِ ظاهر، وأمَّا في المقيَّدة؛ فلأنَّ المحيلَ[2] ليس له حقُّ الأخذِ من المحتالِ عليه، فإن دفعَ إليه المحتالُ عليه، فقد وقع ما تعلَّق به حقُّ المحتال، فيضمنُ المحتال عليه.

والفرقُ بين المطلقةِ والمقيَّدة: أنّه في المقيَّدةِ انقطعَت مطالبةُ المحيلِ من المحالِ عليه، فإن بطلَ الدَّينُ في المقيّدة، وتبيَّنَ براءة المحالِ عليه من الدَّين الذي قيَّدت الحوالةُ به بطلَت: كما أن يحيلَ البائعُ رجلاً على المشتري بالثمن، ثم استحقَّ المبيعُ أو ظهر حُرَّاً فتبطل، وللمحالِ الرُّجوعُ على المحيلِ بدينه.

وكذا لو قيَّدَ بوديعةٍ فهلكت عند المودع، وأمّا إذا سقطَ الدَّينُ الذي قيِّدت به الحوالةُ بأمرٍ عارضٍ ولم تتبيَّن براءةُ الأصيلِ منه فلا تبطل، مثل: أن يحتالَ بألفٍ من ثمنِ مبيع، فهلكَ المبيعُ عندَه قبل تسليمِهِ للمشتري، سقطَ الثمنُ عن المشتري، ولا تبطلُ الحوالة، ولكنّه إذا أدّى رجعَ على المحيلِ بما أدّى؛ لأنّه قضى دينَه بأمره.

وأمّا إذا كانت مطلقةً فإنّها لا تبطلُ بحالٍ من الأحوال، ولا تنقطعُ فيها مطالبةُ المحيلِ عن المحالِ عليه إلى أن يؤدّي، فإذا أدّى سقطَ ما عليه قصاصاً، ولو تبيَّنَ براءةُ المحالِ عليه من دينِ المحيل لا تبطلُ أيضاً. كذا في «الجوهرةِ النيرة»(1)، و«فتح القدير»(2)، وغيرهما.

[1]قوله: **أي لم تبطل**...الخ؛ فيه إشارةٌ إلى مرجعِ الضَّميرِ وهو الحوالة، وإلى أنَّ إضافةَ المصدرِ وهو الأخذُ إلى قوله: ما عليه؛ إضافةُ المصدرِ إلى المفعول، والفاعلُ محذوف، وهو المحيل، وإلى مرجع الضميرِ المجرور.

[2]قوله: **فلأنَّ المحيلَ**...الخ؛ حاصلُهُ: لأنَّ المحتالَ عليه قد دفعَ ما تعلَّق به حقُّ المحتالِ إلى مَن ليس له حقُّ الأخذ، فيضمنُهُ للمحتال، ويرجعُ إلى المحيلِ بما دفعَ إليه فلا تبطلُ الحوالة.

---

(1) «الجوهرة النيرة»(1: 316).

(2) «فتح القدير»(6: 355).

ولا يقبلُ قولُ المحيلِ للمحتالِ عليه عند طلبِهِ مثل ما أحال: أحلت بدينٍ كان لي عليكَ ولا قولَ المحتالَ للمحيلِ عند طلبِهِ ذلك أحلتني بدينٍ لي عليكَ، ويكرَهُ السُّفتَجة

(**ولا يقبلُ**[١] **قولُ المحيلِ للمحتالِ عليه عند طلبِهِ مثل ما أحال: أحلت بدينٍ كان لي عليك**): أي أحالَ رجلٌ رجلاً على آخرِ بمئة، فدفعَ المحتالُ عليه إلى المحتالِ، ثُمَّ طلبَ المحتالُ عليه تلك المئة من المحيلِ، فقال المحيلُ: إنَّما أحلتُ بمئة لي عليك، والمحتالُ عليه يُنْكِرُ أن عليه شيئاً يكونُ القولُ[٢] له لا للمحيل، ولا يكونُ قبولُ الحوالةِ إقراراً من المحتالِ عليه بمئةٍ؛ لأنَّ الحوالةَ تصحُّ من غيرِ أن يكونَ للمحيلِ على المحتالِ عليه شيءٌ.

(**ولا قولَ المحتالَ للمحيلِ**[٣] **عند طلبِهِ ذلك أحلتني بدينٍ لي عليكَ**): أي أحالَ فأخذَ المحتالُ المالَ من المحتالِ عليه، فطلبَ المحيلُ ذلك المالَ من المحتال، فقال المحتالُ للمحيل: قد أحلتَنِي بالدَّينِ الذي لي عليك، والمحيلُ يُنْكِرُ أن له عليه شيئاً، فالقولُ له[٤] لا للمحتال عليه، ولا يكونُ الحوالةُ إقراراً من المحيلِ بالدَّينِ للمحتالِ على المحيلِ، فإنَّ الحوالةَ مستعملةٌ في الوكالةِ.

(**ويكرَهُ**[٥] **السُّفتَجة**:

[١]قوله: **ولا يقبل...الخ**؛ يعني إذا طالبَ المحتالُ عليه المحيلَ بمثل ما أحالَ به فقال: أحلتُ بدينٍ لي عليك، لا يسمعُ قولُ المحيلِ للمحتال عليه: أحلتُ بدينٍ لي عليك، حين طلبَ المحتالُ عليه من المحيلِ مثل ما أحالَه إلاَّ ببيّنة.

[٢]قوله: **يكون القول له**؛ إذ المحتالُ عليه أنكرَ الدَّين؛ لأنَّ إقرارَه بالحوالةِ وقبولَه لا يكونُ إقراراً ولا دليلاً على أنّ عليه له ديناً، إذ الحوالةُ تجوزُ بدونِ الدَّين على المحتالِ عليه، بل يسمعُ طلبُ المحتال عليه؛ لوجودِ سببِهِ وهو أداء الدَّين بأمر.

[٣]قوله: **ولا قولُ المحتالِ للمحيل...الخ**؛ يعني لو طالبَ المحيلُ المحتالَ بما أحال، فقال: أحلتني بدينٍ لي عليك، لا يسمعُ قول المحتالِ للمحيل: أحلتني بدينٍ لي عليك، حين طلبَ المحيلُ من المحتالِ ما قبضَه إلاَّ ببيّنة.

[٤]قوله: **فالقولُ له لا للمحتال عليه**؛ لأنّ المحيلَ أنكر الدّين، إذ إقراره بالحوالةِ وإقدامُهُ عليها لا يكونُ إقراراً بالدَّين؛ لأنَّ الحوالةَ تستعملُ في الوكالة، بمعنى نقل التصرُّفِ بل يسمعُ طلبُ المحيلِ كطلب الموكّل من الوكيلِ ما قبضه.

[٥]قوله: **ويكره...الخ**؛ إنّما أوردَ هذه المسألة في هذا المقام؛ لأنّها معاملةٌ في الدَّينِ

وهي إقراضٌ لسقوطِ خطرِ الطَّريق

وهي إقراضٌ لسقوطِ خطرِ الطَّريق)[١]

كالكفالةِ والحوالة، أو لأنّه أحالَ الخطرَ المتوقَّع على المستقرض، فيكونُ في معنى الحوالة، أو لأنّها تشبهُ الحوالةَ من جهةِ أنّه يقرضُ تاجراً ثمَّ يحيلُ ما عليه لغريمٍ به في بلد كذا، أو صديق له غالباً.

وظاهرُ الكلامِ أنّه متّفقٌ عليه، وليس كذلك، بل قيل: الكراهةُ في هذا الفعلِ مطلقاً، وهو الذي يفيدُهُ إطلاقُ هذا المتن، و«الكنز»[٢]، و«الملتقى»[٣]، و«التنوير»[٤].

وقال العلامةُ الزَّيْلَعِيُّ في «شرح الكنز»[٥]: وقيل: إذا لم تكن المنفعةُ مشروطةً فلا بأس به. انتهى.

وقال ابن الهُمام في «الفتح»[٦]: وفي «الفتاوى الصغرى» وغيرها: إن كان السُّفتجُ مشروطاً في القرضِ فهو حرام، والقرضُ بهذا الشرطِ فاسد، وإن لم يكن مشروطاً جاز. انتهى.

وقال العلاَّمةُ العَيْنِيُّ في «الرمز»[٧]: وفي «الواقعات»: رجلٌ أقرضَ رجلاً مالاً على أن يكتبَ له بها إلى بلدِ كذا، فإنّه لا يجوز، وإن أقرضَه بغيرِ شرطٍ وكتبَ كان جائزاً، وكذا لو قال: اكتب لي سُفتجة إلى موضع كذا على أن يعطيكَ هنا فلا خيرَ فيه.

وفي «كفاية البيهقي»: وسَفاتجُ التجَّارِ مكروهة؛ لأنّه ينتفعُ بإسقاطِ خطرِ الطَّريق، إلا أن يقرضَ مطلقاً، ثمَّ يكتبْ السُّفتجة فلا بأس، هكذا رويَ عن ابنِ عبَّاسٍ رضي الله عنهما. انتهى. وإنّما كرهتْ لورودِ النَّهيِ عن قرضٍ جرّ نفعاً؛ ولأنّه تمليكُ دراهمَ بدراهم،

---

(١) ظاهرُ كلامِ «الكَنز»(ص١١٤)، و«الملتقى»(ص١٢٧)، و«التنوير»(ص١٤٥) أنها مكروهاً مطلقاً، ولكن صاحب «التبيين»(٤: ١٧٥)، و«الفتح»(٦: ٣٥٦)، و«الرمز»(٢: ٨٢)، و«حاشية رد المحتار»(٣: ١٧١) أنه إذا لم تكن المنفعةُ مشروطةً فلا بأس به.

(٢) «كنز الدقائق»(ص١١٤).

(٣) «ملتقى الأبحر»(ص١٢٧).

(٤) «تنوير الأبصار»(ص١٤٥).

(٥) «تبيين الحقائق»(٤: ١٧٥).

(٦) «فتح القدير»(٦: ٣٥٦).

(٧) «رمز الحقائق»(٢: ٨٢).

....

....

في «المغربِ»[١]: السُّفتَجةُ: بضمِّ السِّينِ، وفتح التَّاءِ: أن يدفعَ إلى تاجرٍ مالاً بطريقِ الإقراضِ ليدفعَهُ إلى صديقِهِ في بلدٍ آخرَ، وإنَّما يقرضُهُ لسقوطِ خَطَرِ الطَّريقِ، وهي تعريبُ سفتة[٢].

وإنَّما سمِّي الإقراضُ المذكورُ بهذا الاسم تشبيهاً بموضعِ الدَّراهمِ والدَّنانيرِ في السَّفاتج: أي في الأشياءِ المجوفةِ، كما يجعلُ العصا مجوفاً ويخبؤُ فيه المالَ وإنَّما شُبِّه به؛ لأَنَّ كلاً منهما احتيالٌ لسقوطِ خطرِ الطَّريقِ، أو لأنَّ أصلَها أن الإنسانَ إذا أرادَ السَّفرَ وله نقدٌ، أو أرادَ إرسالَهُ إلى صديقِهِ، فوضعَهُ في سفتجةٍ ثمَّ مع ذلك خافَ الطَّريقَ فأقرضَ ما في السُّفتَجةِ إنساناً آخرَ، فأطلقَ السُّفتَجة على إقراضِ ما في السُّفتَجة، ثُمَّ شاعَ في الإقراضِ لسقوطِ خطرِ الطَّريق.

فإذا شرطَ أن يدفعَ في بلدٍ آخرَ صارَ في حكمِ التأجيل، والتأجيلُ في الأعيانِ لا يصحّ، ذكرَه شيخُنا العلامةُ الطَّحْطَاويُّ[١] نقلاً عن الحَمَويّ.

[١]قوله: **قوله في «المغرب»**[٢]؛ قال في «المصباح»[٣]: السُّفتَجة: قيل بضم، السين وقيل: بفتحها، وأمّا التاءُ فمفتوحةٌ فيهما، فارسيٌّ معرّب، وفسَّرها بعضهم فقال: هي كتابُ صاحبٍ لوكيلِهِ أن يدفعَ مالاً قرضاً يأمنُ به خطرَ الطريق. انتهى.

[٢]قوله: **سفتة**؛ بضمٍّ أول: بمعنى تحفة؛ وجيزي باشدكه شخصي بجهت شخصي ازمكي به ملك ويكر برسم تكلف يا بضاعت بفرستد، وبفتح أوَّل: بروزن؛ هفته آن است كه كسي جيزي ازكسي بطريق عاريت يا قرض ياور عوض جيزي بكير وتادر شهري ديكر بازوهد ودست لاف راينز كَويند وآن سوداي اول اصناف وفر وشندكَان باشد باين معنى بضم اول هم آهده است. كذا في «البرهان القاطع».

---

(١) في «حاشيته على الدر المختار»(٣: ١٧١).

(٢) «المغرب»(ص٢٢٦).

(٣) «المصباح المنير»(ص٢٧٨).

كتاب القضاء[1]

[1]قوله: كتاب القضاء؛ لَمَّا كان أكثرُ المنازعات تقع في البياعات والدِّيون عقّبها بما يقطعُها، وهو قضاءُ القاضي، ولم يقل كتاب: أدب القاضي، كما عنونَ به صاحبُ «الهداية»(١)؛ نظراً إلى أن بيانَ القضاءِ مقصودٌ، وبيانُ الأدبِ متبوعٌ.

والقضاءُ أصلُه قضاي؛ لأنّه من قضيت إلاَّ أن الياءَ لَمّا جاءت بعد الألفِ همزت، وقال في «المصباح»(٢): قضيتُ بين الخصمين وعليهما: حكمتُ بينهما، وقضيتُ وطري: بَلَغْتُه ونِلْتُه، وقضيتُ الحاجةَ كذلك، وقضيتُ الحجَّ والدَّين: أدَّيته.

قال الله جَلَّ جَلالُه: ﴿فَإِذَا قَضَيْتُم مَّنَاسِكَكُمْ﴾(٣): أي أدَّيتموها، فالقضاءُ هاهنا بمعنى الأداء، كما في قوله جَلَّ جَلالُه: ﴿فَإِذَا قَضَيْتُمُ الصَّلَوٰةَ﴾(٤): أي أدَّيتم، واستعملَ القضاءُ في العبادةِ التي تفعلُ خارجَ وقتِها المحدودَ شرعاً، والأداءُ إذا فعلت في الوقتِ المحدود، وهو مخالفٌ للوضعِ اللغوي، لكنَّه اصطلاحيٌّ للتميّز بين الوقتين، والقضاءُ مصدرٌ في الكلّ. انتهى.

وقال في «البحر»(٥): إنّه يستعملُ لغةً بمعنى الحكمِ والفراغِ والهلاكِ والأداءِ والإنهاءِ والمضيّ والصنعِ والتقدير. انتهى. وأمّا معناهُ الشرعيُّ ففصلُ الخصوماتِ وقطعُ المنازعات، نقله في «البحر»(٦) عن «المحيط».

وعرَّفَهُ في «الفتح»(٧): بالإلزام.

وفي «البدائع»(٨): بالحكمِ بين الناسِ بالحقّ وهو الثابتُ عند الله جَلَّ جَلالُه من حكمِ الحادثات: إمّا قطعاً بأن كان عليه دليلٌ قطعيٌّ، وهو النصُّ المفسّر من الكتابِ والسنَّةِ

---

(١) «الهداية»(٣: ١٠١).

(٢) «المصباح المنير»(ص٥٠٧).

(٣) البقرة: ٢٠٠.

(٤) النساء: ١٠٣.

(٥) «البحر الرائق»(٦: ٢٦٦).

(٦) «البحر الرائق»(٦: ٢٦٦).

(٧) «فتح القدير»(٦: ٣٥٦).

(٨) «بدائع الصنائع»(٧: ٢).

....

....

المتواترةِ أو المشهورةِ أو الإجماع، وإمّا ظاهراً بأن أقامَ عليه دليلاً ظاهراً يوجبُ غالبَ الرَّأي وأكثرَ الظنّ وهو ظاهرُ الكتابِ والسنّة، ولو خبراً واحداً، والقياسُ إلى آخر ما ذكره ببيانٍ طويلٍ لا حاجةَ لنا إلى ذكره هاهنا.

وعرَّفَه العلامةُ قاسمٌ بأنّه إنشاءُ إلزامٍ في مسائلِ الاجتهادِ المتقاربةِ فيما يقعُ فيه النِّزاع لمصالحِ الدُّنيا، فخرجَ القضاءُ على خلافِ الإجماع، وما ليس بحادثةٍ من العبادات، وعلى هذا القياس عرَّفوه بعباراتٍ مختلفة، وإشاراتٍ مؤتلفة.

وهو أفضلُ العبادات، وهم أمرُ كلِّ نبيٍّ، قال الله جلّ جلاله: ﴿ إِنَّآ أَنزَلْنَا ٱلتَّوْرَىٰةَ فِيهَا هُدًى وَنُورٌ يَحْكُمُ بِهَا ٱلنَّبِيُّونَ ﴾[1]، وقال جلّ جلاله: ﴿ وَأَنِ ٱحْكُم بَيْنَهُم بِمَآ أَنزَلَ ٱللَّهُ وَلَا تَتَّبِعْ أَهْوَآءَهُمْ ﴾[2]، ولولا ذلك لفسدَ العباد، وخربت البلاد، وانتشر الظلمُ والفساد، والحاكمُ نائبُ الله في أرضه في إنصافِ المظلومِ من الظالم، وإيصالِ الحقِّ إلى المستحقّ، والأمرِ بالمعروفِ والنَّهي عن المنكر.

ثم القضاءُ على خمسةِ أوجه:

١. واجب: وهو أن يتعيّن له، ولا يوجدُ مَن يصلحُ له غيره؛ لأنّه إذا لم يفعل أدّى إلى تضييع الحكم، فيكونُ قبولُهُ أمراً بالمعروف، ونهياً عن المنكر، وإنصافُ المظلومِ من الظالم.

٢. ومستحبٌّ: وهو أن يوجدَ مَن يصلحُ له غيرُه، لكن هو أصلحُ وأقومُ به.

٣. ومخيَّرٌ فيه: وهو أن يستويَ هو وغيره في الصَّلاحيةِ والقيام به.

٤. ومكروهٌ: وهو أن يكون صالحاً للقضاءِ لكن غيره أصلحُ وأقومُ به.

٥. وحرام: وهو أن يعلمَ من نفسِهِ العجز، وعدم الإنصافِ فيه في باطنِهِ من اتِّباع الهوى بما لا يعرفه.

ورزقُ القاضي وكفايتُهُ وكفايةُ أهلِهِ وأعوانِهِ ومن يمولهم يكون من بيتِ المال؛ لأنّه محبوسٌ لحقِّ العامّة، فلولا الكفالةُ ربَّما يطمعُ في أموالِ النّاس، وإنّ عمرَ رضي الله عنه أعطى

---

(١) المائدة: ٤٤.

(٢) المائدة: ٤٩.

الأهلُ للشَّهادةِ أهلٌ للقضاءِ ، وشرطُ أهليَّتِها شرط أهليَّته

(الأهلُ للشَّهادةِ أهلٌ للقضاءِ[١] ، وشرطُ أهليَّتِها[٢] شرط أهليَّته

شريحاً كلَّ شهرٍ مئة درهم ، وأعطاه عليٌّ ﷺ كلَّ شهرٍ خمسمئة درهم. كذا في كتبِ السيرِ والحديث.

وركنه : ما يدلُّ عليهِ من قولٍ أو فعل.

[١]قوله : **الأهلُ للشهادةِ أهلٌ للقضاء** ؛ لأنَّ كلاً منهما من بابِ الولاية ؛ لأنّه تنفيذُ القولِ على الغير ؛ ولأنَّ كلاً منهما إلزام ، إذ الشهادةُ ملزمةٌ على القاضي ، والقضاءُ ملزمٌ على الخصم ، فما يشترطُ لأهليّة الشهادةِ يشترطُ لأهليّة القضاء ، والعدوُّ لا تقبلُ شهادتُهُ على عدوِّه إذا كانت دنيوية ، ولو قضى القاضي بها لا ينفذ ، ذكره يعقوب باشا ﷺ.

فلا يصحّ قضاؤه عليه لما تقرَّرَ أنَّ أهلَه أهلُ الشهادة ، وبه أفتى مفتي مصر شيخُ الإسلام أمينُ الدِّين بنُ عبد العال ﷺ ، وكذا سِجلُّ العدوِّ لا يقبلُ على عدوِّه ، ثمَّ نقلَ عن «شرح الوهبانيّة» : إنّه لم يرَ نقلَها عندنا ، وينبغي النفاذُ لو القاضي عدلاً.

وقال ابنُ وهبان ﷺ بحثاً : إن يعلمه لم يجز ، وإنّ شهادةَ العدولِ بمحضرٍ من النّاسِ جاز ، واعتمدَه القاضي محبُّ الدينِ ﷺ في «منظومتِه». كذا في «الدرّ المختار»[١] ، و«منح الغفّار»[٢] ، وغيرهما.

[٢]قوله : **وشرطُ أهليّتها** ؛ يعني شروطُ أهليّة الشهادة من الإسلام والعقل والبلوغ والحريّة وعدم العمى والحدّ في قذف وغيرها ، شروطٌ لصحَّةِ تولية القضاء ، وقد نظمها الحموي ﷺ فقال :

شروطُ القضاء تسعٌ عليك بحفظِها ... لِتُحرزَ سبقاً في طِلاك العُلا
بلوغٌ وإسلامٌ وعقلٌ ومنطقٌ ... فصيحٌ به فصلٌ الخصومةِ قد حَلا
تولِيةٌ حكماً دون سمعٍ لدعوةٍ ... وحريّةٌ سمعٌ والابصارُ قد تَلا
وفقدانُ حدِّ القذفِ قد شرطوا له ... كذا قال زين الدِّين في «البحر»[٣] مُجْملا

---

(١) «رد المحتار»(٤ : ٣٠٠).

(٢) «منح الغفار»(ق٢/ ٩٤أ).

(٣) ينظر : «منحة الخالق»(٦ : ٢٨٣).

والفاسقُ أهلٌ له، يصحُّ تقليدُهُ، ولا يقلَّد، كما صحَّ قبولُ شهادتِهِ، ولا تُقْبَلُ، ولو فَسَقَ العدلُ استحقَّ العزلَ في ظاهرِ المذهبِ، وعليه مشايخنا ﷺ

والفاسقُ[1] **أهلٌ له، يصحُّ تقليدُهُ**[2]**، ولا يقلَّد)**: أي يَجِبُ أن لا يقلَّد حتَّى لو قُلِّد يأثمُ، **(كما صحَّ قبولُ شهادتِهِ، ولا تُقْبَلُ)**، بالمعنى المذكورِ.

(ولو فَسَقَ العدلُ[3] **استحقَّ العزلَ في ظاهرِ المذهبِ، وعليه مشايخنا ﷺ)**، وعند بعضِ المشايخ ﷺ يَنْعَزِل(١).

[١]قوله: **والفاسق**؛ أي المسلم الذي أقدم على كبيرة، وأصرَّ على صغيرة، قال في «المعدن»: الفسقُ هو الخروجُ من أمر الله بارتكابِ الكبيرةِ كاستماعِ الغناء والرقص، وأخذِ الرشوةِ وغير ذلك. انتهى. وسيأتيك تحقيقُهُ في «كتاب الشهادة» إن شاء الله ﷻ.

أهل له: أي للقضاء، فيصحُّ تقليدُه، وفيه إشعارٌ بأنَّ قضاءَ المستور صحيح بلا قبح، ذكره القُهُسْتَانِيُّ ناقلاً عن «الكشف»، ولا يقلَّدُ الفاسق: أي يجب أن لا يقلَّد إذ لا يؤمنُ عليه؛ لقلَّة المبالاةِ بواسطة فسقه، حتى لو قلَّد يأثم كما يصحّ قبولُ شهادتِه؛ لوجودِ أصل الأهليّة للشهادة، ولا تقبل لما ذكر، حتى لو قبلَ القاضي وحكمَ بها كان آثما، لكنّه ينفذ، كذا في «المنح»(٢).

وقال في «الدرر»(٣): هذا إذا غلب على ظنّه صدقه، وهو ممّا يحفظ. انتهى. والتفصيلُ في المبسوطات.

[٢]قوله: **تقليده**؛ التقليدُ جعلُ القلادة في العنق، وشرعاً: حكمٌ دالٌّ بكون فلان قاضياً في موضعِ كذا. كذا في «جامع الرموز»، وغيره.

[٣]قوله: **ولو فسق القاضي العدل**؛ أي صار فاسقاً بأخذِ الرشوةِ أو الزنا أو شرب الخمرِ أو غير ذلك بعد كونه عدلاً استحقَّ القاضي للعزل وجوباً: أي يجبُ على السلطان عزله. كذا في «الفصول العماديّة».

وهذا يقتضي نفوذَ أحكامِهِ فيما ارتشى فيه، وفي غيره ما لم يعزل، وإليه أشارَ

---

(١) أي بمجرد الفسق، واختاره الكرخي والطحاوي وعلي الرازي صاحب أبي يوسف ﷺ، وهو اختيار حسن لعدم ائتمان الناس على حقوق الناس. ينظر: «الشرنبلالية»(٢: ٤٠٤).

(٢) «منح الغفار»(ق٢: ٩٤/أ).

(٣) «درر الحكام»(٢: ٤٠٤).

....

....

الإمامُ البَزْدَوِيّ. كذا في «العناية»[١]، فاستحقاق العزل ثابتٌ في ظاهر المذهب، وعليه مشايخنا البُخاريون والسَّمرقنديون. كذا في «الفتح»[٢].

وعند بعض المشايخ ينعزل؛ لأنَّ المقلِّدَ اعتمد عدالته، فيتقيّدُ التقليدُ بحالِ عدالته، فصار كأنّه علَّق بقاءَ قضاءِ القاضي بحال عدالته، فلمّا فسقَ لم يبقَ التقليدُ لارتفاع العدالة. كذا في «النهاية».

وهو اختيارُ الطحاويّ وعليٌّ الرازيّ صاحبُ أبي يوسفَ ﷺ. كذا في «العناية»[٣]، وعليه الفتوى. كذا في «الدر المختار»[٤]، لكن قال في «البحر»[٥] بعد نقله: وهو غريب والمذهبُ خلافه. انتهى.

وقال الزَّيْلَعِيُّ في «شرح الكنز»[٦]: ولو كان القاضي عادلاً ففسق بأخذِ الرشوةِ لا ينعزل، ويستحقُّ العزل، وإذا أخذَ القضاء بالرشوة لا يصير قاضياً، وكذا لو قضى بالرشوةِ لا ينفذُ قضاؤه فيما ارتشى.

وقال بعض مشايخنا: إذا قلّد الفاسقَ ابتداءً يصحّ، ولو قلّد وهو عدلٌ ينعزلُ بالفسق؛ لأنَّ المقلّد اعتمد عدالته، فلم يكن راضياً دونه، كالعبد المأذون له في التجارةِ إذا أَبِقَ ينعزل، ولو أذن له وهو آبقٌ جاز.

وعن علمائنا الثلاثةِ في «النوادر»: إنّ الفاسقَ لا يصلحُ قاضياً، والظَّاهرُ هو الأوّل. انتهى. ولا ينبغي أن يكون القاضي فظّاً غليظاً، جبّاراً عنيداً، وينبغي أن يكون موثوقاً به في دينِه، وعفافه، وعقله، وصلاحه، وفهمه، وعلمه بالسنَّةِ والآثار ووجوه الفقه، وكذا المفتي. كذا في «ملتقى الأبحر»[٧].

---

(١) «العناية»(٦ : ٣٥٨).

(٢) «فتح القدير»(٦ : ٣٥٨).

(٣) «العناية»(٦ : ٣٥٨).

(٤) «الدر المختار»(٤ : ٣٠٤).

(٥) «البحر الرائق»(٦ : ٢٨٤).

(٦) «تبيين الحقائق»(٤ : ١٧٥ - ١٥٦).

(٧) «ملتقى الأبحر»(ص١٢٧ - ١٢٨).

والاجتهادُ

(والاجتهادُ[(١)][١])

[١]قوله: والاجتهاد...الخ؛ قال في «المصباح المنير»[(٢)]: اجتهدَ في الأمرِ بذلَ وسعه وطاقتَه في طلبه؛ ليبلغَ مجهوده، ويصل إلى نهايته. انتهى. ومعنى بذل الطاقة: أن يحسَّ من نفسِهِ العجزَ عن المزيد عليه.

وشرطه: الإسلام، والعقل، والبلوغ، وكونه فقيه النفس؛ أي شديد الفهم بالطبع، وعملُه باللغة العربية، وكونه حاوياً لكتاب الله تعالى فيما يتعلّق بالأحكام، وعالماً بالحديث متناً وسنداً، وناسخاً ومنسوخاً، وبالقياس.

وهذه الشرائط في المجتهدِ المطلق الذي يفتي في جميعِ الأحكام، وأمّا المجتهدُ في حكمٍ دون حكم فعليه معرفةُ ما يتعلّق بذلك الحكم مثلاً كالاجتهادِ في حكمٍ متعلّقٍ بالصلاة لا يتوقّف على معرفةِ جميعِ ما يتعلّق بالنكاح. كذا في «التلويح»[(٣)]، والمرادُ هاهنا المعنى الأوّل. صرَّحَ به في «النهر» وغيره.

وقال في «الفصول العماديّة»: المجتهدُ مَن يعلمُ الكتابَ والسنَّة مقدارَ ما يتعلّقُ به الأحكام دون المواعظ، وقيل: إذا كان صوابُهُ أكثر من خطئه حلَّ له الاجتهاد، والأوّل أصحّ. انتهى.

وقال في «الهداية»[(٤)]: وفي حدّ الاجتهاد كلام عرفَ في أصولِ الفقه، حاصلُهُ: أن يكون صاحبَ حديثٍ له معرفةٌ بالفقه؛ ليعرف معاني الآثار، أو صاحبُ فقه له معرفةٌ بالحديث؛ لئلا يشتغلَ بالقياسِ في المنصوص عليه. انتهى.

والفرق بين القولين: أنَّ على الأوّل نسبةٌ إلى معرفة الحديث أكثر من معرفتِه بالفقه، وفي الثاني: عكسه، وأنت تعلم أنّ المجتهدَ يحتاج إلى الأمرين جميعاً، وهما

---

(١) وأصح ما قيل في حدّ المجتهد أن يكون قد حوى علم الكتاب ووجوه معانيه، وعلم السنة بطرقها ومتونها ووجوه معانيها، وكذا علم الآثار المنقولة عن الصحابة، وما أجمعوا عليه وما اختلفوا فيه، وان يكون عالماً بالقياس وعرف الناس. ينظر: «فتح باب العناية»(٣: ١٠٧ - ١٠٨).

(٢) «المصباح المنير»(ص١١٢).

(٣) «التلويح»(٢: ٢٣٦).

(٤) «الهداية»(٣: ١٠١).

شرطٌ للأولوية، فلو قُلِّدَ جاهلٌ

شرطٌ للأولوية[١]، فلو قُلِّدَ جاهلٌ[٢]

تحرزانه عن القياس في معارضةِ النصّ، ومعرفةِ معاني الآثار؛ ليتمكّن من القياس، فالوجه أن يقال: صاحبُ حديثٍ وفقه؛ ليعرفَ معاني الآثار، ويمتنعَ عن القياس.

والحاصلُ أن يعلمَ بالكتابِ والسنّة بأقسامهما من عبارتهما وإشارتهما ودلالتهما واقتضائهما وباقي الأقسام: ناسخها ومنسوخها، ومناطات أحكامهما، ومشروطِ القياس، والمسائل المجمع عليها؛ لئلا يقع في القياس في مقابلة الإجماع، وأقوال الصحابة، كذا في «الفتح»(١).

وقيل: أن يكون صاحبَ قريحة مع ذلك: أي أحد الأمرين، يعرفُ بها عادات الناس؛ لأنَّ من الأحكام ما يبتني عليها. كذا في «الهداية»(٢).

فهذا القيد لا بُدّ منه في المجتهد، فمَن اتقنَ هذه الجملة فهو أهل الاجتهاد، فيجب عليه أن يُعْمِلَ اجتهاده: وهو أن يبذلَ جهدَه في طلب الظنِّ بحكمٍ شرعيّ عن هذه الأدلّة، ولا يقلّد أحداً. كذا في «الفتح»(٣)، وزيادة التفصيل في مطولات الأصول، ومبسوطات الفقهاء الفحول.

[١]قوله: **شرط للأولويّة**؛ لا للجواز، وهو الصحيح تيسيراً وتسهيلاً، خلافاً للأئمّة الثلاثة؛ لأنّه مأمورٌ بالقضاء، والأمرُ به يستدعي القدرة عليه، ولا يثبت القدرة عليه إلا بالعلم؛ لأنَّ الجاهلَ لا يميّز بين الحق والباطل، ولنا: أنّ المقصودَ من القضاء وهو إيصال الحقّ إلى مستحقّه يحصلُ بفتوى غيره.

[٢]قوله: **جاهل**؛ قال ابن الغرس: ليس مرادهم بالجاهلِ العاميِّ المحض، بل لا بُدّ من تأهل العلم والفهم، وأقلُّهُ أن يحسنَ بعضَ الحوادث والمسائل الدقيقة، وأن يعرفَ طريق تحصيل الأحكامِ الشرعيّة من كتبِ المذهبِ وصدور المشايخ، وكيفيّة الإيراد والإصدار في الوقائع والدّعاوى والحجج. انتهى. نقلَه العلامةُ الطحطاويٌّ في «حاشيته على الدر المختار»(٤) عن العلامة الحَمَويّ.

---

(١) «فتح القدير»(٦: ٣٦١ - ٣٦٢).

(٢) «الهداية»(٣: ١٠١).

(٣) «فتح القدير»(٦: ٣٦٢).

(٤) «حاشية الطحطاوي»(٣: ١٧٩).

صحَّ، ويُختارُ الأقدرَ

صحَّ[١]، ويُختارُ[٢] الأقدرَ والأَوْلَى) وعند الشَّافِعِيِّ(١) ﷺ لا يصحُّ تقليدُ الفاسقِ والجاهل[٣]. واعلمْ أنَّه قد كان الاحتياطُ فيما قال الشَّافِعِيُّ ﷺ لكن بحسب الزَّمانِ، لو شُرِطَ العلمُ والعدالةُ لارتفعَ[٤] أمرُ القضاءِ بالكليَّةِ، ووقعُ الشَّرِّ والفسادِ أعظمُ ممّا احترزَ عنه.

لكن بالنظر إلى تعليلهم بقولهم: إنَّ الأمرَ بالقضاءِ يستدعي القدرة، ولا قدرة بدون العلم، يحتمل أن يكون المرادُ بالجاهل: مَن لا يحفظ شيئاً من أقوالِ الفقهاء؛ لأنّهم يقولون في التعليلِ بدون العلم، ولا يقولون بدون الاجتهاد.

[١]قوله: صحَّ؛ التقليد لما مرّ من أنّ المقصودَ من القضاء إيصالُ الحقِّ إلى مستحقّه؛ وذلك يحصلُ بالعمل بفتوى غيره.

[٢]قوله: ويختار...الخ؛ يعني أنّ المناسبَ للمقلّدِ أن يختارَ لَمن هو الأقدر على القضاء، والأولى علماً وديناً وأمانةً، لما أخرجَ الطَّبَرَانِيُّ عن ابن عبَّاسٍ ﷺ قال: قال رسول الله ﷺ: «مَن تولى من أمر المسلمين شيئاً فاستعمل عليهم رجلاً وهو يعلم أنّ منهم مَن هو أولى بذلك، وأعلم منه بكتاب الله وسنة رسوله ﷺ فقد خان الله ورسوله وجماعة المسلمين»(٢)، ذكره ابنُ الهُمام في «الفتح»(٣).

[٣]قوله: لا يصحّ تقليدُ الفاسق والجاهل؛ فعنده لا يجوز إلاَّ أن يكون عالماً عدلاً مأموناً؛ لقوله ﷺ: «القضاة ثلاثة: قاضيان في النار، وقاضٍ في الجنة...»(٤) الحديث، ففسّر القاضيين أحدهما جاهلٌ يحكم بالجهل، والآخرُ عالم يحكمُ بالجور، والثالثُ العالم العادل يحكمُ بعلمه، وجوابنا عن هذا الاستدلال بأنّه ﷺ سمّاه قاضياً، ولولا أن التوليَّة تصحُّ لما سمّاه قاضياً.

[٤]قوله: لارتفع...الخ؛ ولذا قال ابنُ الهُمام في «الفتح»(٥): والوجه تنفيذُ قضاء

---

(١) ينظر: «التنبيه»(ص١٥٢)، و«المنهاج»(٤: ٣٧٥)، و«فتوحات الوهاب»(٥: ٣٣٧)، و«التجريد لنفع العبيد»(٤: ٣٤٥)، وغيرها.
(٢) في «المعجم الكبير»(١١: ١١٤)، وغيره.
(٣) «فتح القدير»(٦: ٣٦١).
(٤) في «سنن الترمذي»(٣: ٦١٣)، و«سنن أبي داود»(٣: ٢٩٩)، و«المستدرك»(٤: ١٠١)، وصححه.
(٥) «فتح القدير»(٦: ٣٥٧).

ولا يطلبُ القضاء، وصحُّ الدخولُ فيه لمن يَثِق عدلَهُ

(ولا يطلبُ القضاء[١]، وصحُّ الدخولُ فيه[٢] لمن يَثِق عدلَهُ

كلِّ مَن ولاه سلطانٌ ذو شوكة، وإن كان جاهلاً فاسقاً، وهو ظاهر المذهب عندنا، وحينئذٍ فيحكم بفتوى غيره. انتهى.

[١]قوله: ولا يطلبُ القضاء؛ أي لا يميل إليه بالقلب، لما أخرجَه أبو داود والتِّرْمِذِيُّ وابنُ ماجة من حديث أنس بن مالك ﷺ قال: قال رسول الله ﷺ: «مَن سأل القضاء وُكِّلَ إلى نفسه، ومَن أُجْبِرَ عليه ينزل إليه مَلَك يسدِّده»[١]: أي يلهمُ الرشد، ويوفّقه الصواب؛ ولأنّ مَن طلبه يعتمدُ على نفسِهِ فيحرمُ من التوفيق، ومَن أجبرَ عليه يتوكّل على ربّه فيلهمُه، فينبغي أن لا يشتغل أحدُهما لو ناله [بما] يحرمُ من التوفيق.

وفي قوله: لا يطلب لقضاء؛ إشعارٌ بأنّه لا ينبغي أن يميلَ إليه باللّسان بالطريق الأولى. كذا في «جامع الرموز»، وقيل: الطلبُ أن يقول للإمام: ولّني، والسؤالُ أن يقول للناس: لو ولاّني الإمامُ لأجبته، وغرضُهُ أن يبلغ ذلك الخبرَ إلى الإمام.

وفي «المنصورية»: لا ينبغي لأحدٍ أن يطلب القضاء، ولو فعلَ فهو مسيء وقيل: إن مَن طلب القضاء لا يقلَّد، وفي «الخلاصة»: لا يتركُ القاضي على القضاء أكثر من سنته؛ وذلك لأنّه إذا ترك أكثرَ من ذلك استأنس، وصارَ بحيث لو عزلَ لطلب ثانياً، وأيضاً إذا استأنس به يداهنُ في معاملاتِ بعض الناسِ خوفاً من العزل. كذا في «شرح النُّقاية» للعلامة البِرْجَنْدِيّ.

أمّا إذا تعيَّن بأن لم يكنْ أحدٌ غيرُهُ يصلحُ للقضاء وجبَ عليه الطلبُ صيانةً لحقوق المسلمين ودفعاً لظلمِ الظالمين. كذا في «البحر»[٢].

[٢]قوله: وصحَّ الدخولُ فيه؛ أي في القضاءِ لَمن يثقِ عدله: أي يعتمدُ على ديانتِه، وأداءُ حقّه؛ لأنّ كبار الصحابة والتابعين رضوان الله تعالى عليهم أجمعين تقلّدوه، وكفى بهم قدوة، وقيل: لا يجوزُ الدُّخول مطلقاً بلا إجبار؛ لقوله ﷺ: «من

(١) في «سنن أبي داود»(٣: ٣٠٠)، و«سنن الترمذي»(٣: ٦١٣)، و«سنن ابن ماجة» (٢: ٧٧٤)، وغيرها.

(٢) «البحر الرائق»(٦: ٢٩٧).

وكُرِهَ لمن خافَ عجزه وحيفه. ومن قُلِّدَ سألَ ديوانَ قاضٍ قَبْلَهُ

وكُرِهَ[1] لمن خافَ عجزه وحيفه.
ومن قُلِّدَ سألَ ديوانَ قاضٍ قَبْلَهُ[2])

ابتلي بالقضاءِ فكأنّما ذبح بغير سكين»(١).

وقد روي أنَّ الإمامَ الأعظم ﷺ دعي للقضاء ثلاث مرَّات، فأبى حتى حبسَ وجلدَ في كلِّ مرّة ثلاثون سوطاً، حتى قال له أبو يوسف ﷺ: لو تقلّدت لنفعتَ الناس، فنظر إليه شبه المغضب، فقال: لو أمرتَ أن أقطع البحرَ سباحةً لكنتُ أقدر عليه، قال أبو يوسف ﷺ: البحر عميق، والسفينة وثيق، والملاَّح عالم، فقال الإمام: كأنّي بك قاضياً.

وذكر البَزَّازيّ: إنّ الإمامَ لم يقبلْ القضاء، وماتَ على الإباء، وكره بعضُهم الدُّخولَ فيه مختاراً، والصّحيحُ أنّ الدُّخول فيه رخصةٌ طمعاً في إقامة العدل، والترك عزيمة، إلا إذا تعيّن للقضاء، فحينئذٍ يعترضُ عليه، واختارَ قاضي خان كراهةَ الدخول مع استجماع الشرائط، والتفصيل في المبسوطات.

[١]قوله: وكره...الخ؛ لئلا يكون ذريعةً إلى مباشرةِ الظلمِ والعجز، إمّا أن يرادَ به العجزُ عن سماعِ دعاوى كلِّ الخصومِ بأن قدرَ على البعضِ فقط، وإمّا أن يرادَ به العجزُ عن القيامِ بواجباتِهِ من إظهارِ الحقِ وعدم أخذِ الرشوة، ولو كان غالبُ ظنِّه أنّه يجوزُ في الحكمِ ينبغي أن يكون حراماً. كذا في «البحر»(٢).

[٢]قوله: سأل ديوان قاض قبله؛ الديوان: الخرائط، جمعُ خريطة، وهو الكيسُ الذي فيه السِّجلات، جمع السِّجِلّ، بكسر السين والجيم، وتشديد اللام، وهو الصكّ، ومنه إسجال القاضي وتسجيله المحاضر وغيرها من الصكوكِ التي فيها الإقرارات، أو قيمُ الأشياء، أو نصبُ الأوصياءِ في أموال اليتامى ونحو ذلك؛ لأنَّ الديوانَ وضع ليكون حجَّةً عند الحاجة، فيجعل في يدِ مَن له ولايةُ القضاء.

(١) في «سنن الترمذي»(٣: ٦١٤) وحسنه، و«سنن أبي داود»(٣: ٢٩٨)، و«سنن النسائي»(٣: ٤٦٢)، و«المستدرك»(٤: ١٠٣)، وغيرهم.
(٢) «البحر الرائق»(٦: ٢٩٤).

وهي الخرائطُ التي فيها الصُّكوكُ، والسِّجلاتُ[1]

وهذا لأنَّ القاضي يكتب نسختين، أحدُهما في يدهِ لاحتمالِ الحاجة إليها، والأخرى في يد الخصم، ولا يؤمن عليه التغير بزيادةٍ أو نقصان، فإن كانت الأوراقُ من بيتِ المالِ فلا إشكال في وضعها في يد القاضي الجديد، وإذا كانت من مال الخصومِ أو من مال القاضي في الصحيح.

ويبعثُ عدلين من أمنائه، أو عدلاً واحداً، والاثنان أحوط؛ ليقبضان ديوانَ المعزول بحضرتِه أو بحضرةِ أمينه، ويسألان المعزولِ شيئاً فشيئاً، فما كان فيها من نسخ السجلات يجمعانه في خريطة، وما كان من الصكوك يجمعانه في خريطة، فإذا قبضا ذلك ختما عليه تحرّزاً عن التغير. كذا في «المنح»(١).

والدِّيوان من دونتُ الكلمةَ: أي ضبطها، أصله: دووان، فهربوا من التضعيفِ إلى إبدالِ الواوِ ياء استثقالاً، قال في «القاموس»(٢): الديوان: ويفتح، مجتمعُ الصحف، والكتابُ يكتبُ فيه أهلُ الجيش وأهل العطيّة، وأوّل مَن وضعَه عمرُ ﷺ، جمعه دواوين، ودياوين. انتهى.

[١]قوله: الصكوك والسجلات؛ الصكّ: الكتابُ الذي يكتبُ في المعاملات والأقارير، وجمعُه صكوك وأصكّ، مثل فلس وفلوس وأفلس. كذا في «المصباح المنير»(٣).

والسِّجلّ: كتاب القاضي، والجمع سجلات. كذا في «المصباح»(٤).

وقال في «الدرر»(٥): إنّ المحضرَ ما كُتِبَ فيه ما جرى بين الخصمين من إقرار أو إنكار، والحكم ببيّنةٍ أو نكولٍ على وجهٍ يرفع الاشتباه، وكذا السجل. والصكُّ ما كُتِبَ فيه البيع والرهن، والإقرار وغيرها، والحجّة والوثيقة يتناولان الثلاثة. انتهى.

---

(١) «منح الغفار»(ق٢/ ١٩٧أ).

(٢) «القاموس»(٤: ٢٢٦).

(٣) «المصباح المنير»(ص٣٤٥).

(٤) «المصباح المنير»(ص٢٦٧).

(٥) «درر الحكام»(٢: ٤١٥).

وألزمَ محبوساً أقرَّ بحقٍّ لا مَن أنكرَ إلا ببيِّنةٍ وإن أخبرَ به المعزولُ

(وألزمَ[١] محبوساً أقرَّ بحقٍّ لا مَن أنكرَ[٢] إلا ببيِّنةٍ وإن أخبرَ به المعزولُ)

وقال في «البحر»(١): والعرفُ الآن السِّجِل: ما كتبَ في الواقعة، وبقيَ عند القاضي، وليس عليه خطُّه، والحجَّةُ ما عليه علامةُ القاضي أعلاه، وخطُّ الشاهدين أسفلُه، وأعطي للخصم. انتهى مختصراً.

[١]قوله: وألزم...الخ؛ يعني نظر القاضي الجديد في حال المحبوسين الذين هم في سجنه؛ لأنّه نُصِبَ ناظراً للمسلمين، فيبعثُ ثقةً يحصيهم في السجن، ويكتب أسماءَهم وأخبارَهم وسبب حبسهم، ومَن حبسهم، فمَن أقرَّ بحقٍّ أو قامت عليه بالحقِّ بيِّنة ألزمَه القاضي؛ لأنَّ كلاً من الإقرارِ والبيِّنةِ حجةٌ ملزمةٌ.

وقوله: ألزم يحتملُ أن يكون معناه: أدام حبسه كما أشار إليه الملاّ مسكين(٢)، ويحتملُ أن يرادَ ألزمه بالحقّ كما يفيدُهُ كلامُ العَيْنِي في «رمز الحقائق»(٣)، وإليه أشارَ ابن الهُمام في «الفتح»(٤) حيث قال: مَن اعترف بحقٍّ ألزمَه إيّاه وردّه إلى السجن. انتهى.

وقال في «البحر»(٥): الظاهرُ ما قاله مسكين؛ لأنَّ الثاني لا يطَّردُ في كلِّ إقرار إذ المحبوسُ لو أقرَّ بسببِ عقوبةٍ خالصةٍ كالزّنا فقال: إني أقررتُ عند القاضي المعزولِ بالزنا، ولم يقمْ الحدَّ عليّ، فإنَّ القاضي لا يقيمُهُ عليه؛ لأنّ ما كان في مجلسِ المعزولِ بطل، لكنَّ المولى يستقبلُ الأمر، فإن أقرَّ أربعَ مرَّاتٍ في أربعِ مجالسٍ حُدَّ. انتهى.

وقال العلاَّمةُ الشاميُّ في «رد المحتار»(٦): فيه أنَّ المتبادرَ من الحقِّ حقُّ العبد. انتهى.

[٢]قوله: لا مَن أنكر...الخ؛ أي لا يلزم مَن أنكر ذلك الحقَّ الذي حبس به، وإن أخبر به القاضي المعزول، وقال: حبستُه بحقٍّ عليه، أو قال: كنت حكمتُ عليه لفلان بكذا إلاّ إذا قامت البيِّنة على ذلك الحقّ، والقاضي يعرفُ عدالةَ الشهود ألزمه كما ألزمه

(١) «البحر الرائق»(٦: ٣٠٠).

(٢) في «شرح الكنز»(ص٢١٢).

(٣) «رمز الحقائق»(٢: ٨٥).

(٤) «فتح القدير»(٦: ٣٦٧).

(٥) «البحر الرائق»(٦: ٣٠١).

(٦) «رد المحتار»(٤: ٣٠٩).

وإلا ينادي عليه، ثُمَّ يخلّيه، وعملَ في الودائعِ وغلّةِ الوقوفِ بالبيِّنةِ

لأنَّه بالعزلِ التحقَ بواحدٍ من الرَّعايا، وشهادةُ الواحدِ لا تقبل، (**وإلا ينادي**[1] **عليه، ثُمَّ يخلّيه**): أي إن لم يقمْ البيِّنةَ على المحبوسِ المنكرِ يُنادى: إن كلَّ مَن له حقٌّ على فلانِ ابن فلانِ المحبوسِ فليحضرْ مجلسَ القاضي، فإن لم يحضرْ أحدٌ يخلِّيه، وأخذ منه كفيلاً بنفسه فلعلَّه محبوسٌ بحقٍّ غائبٍ.

(**وعملَ في الودائعِ وغلّةِ الوقوفِ**[2] **بالبيِّنةِ**[3]

القاضي المعزول، وإن لم يعرفهم يسألُ عن الشهود، فإن عدّلوا فكذلك.

[1]قوله: ينادى...الخ؛ لأنَّ المعزولَ حبسَه بحقٍّ ظاهر، فلا يجعل بتخليتِهِ حتى ينكشفَ له حاله، وينادى إليه إذا جلسَ للحكم أيّاماً، ويقول المنادي: مَن كان يطالب فلانَ ابن فلانٍ المحبوس بحقٍّ فليحضر حتى يجمعَ بينه وبينه، فإن حضرَ له خصمَ فيها، وإلاَّ أخذَ منه كفيلاً وأطلقَه، صرَّح به في غير واحدٍ من الكتب الفقهيّة.

والفرقُ لأبي حنيفةَ ﷺ بين هذه المسألة وبين قسمةِ التركة، حيث لا يؤخذُ منه كفيلٌ إذا أرادَ القسمة، عنده أنَّ الورثةَ ظهرَ حقُّهم في المالِ فلا يوفر إلى التكفيل؛ لاحتمالِ أن يكون له وارثٌ غيرهم؛ لأنَّ ذلك موهوم، فلا يعارض المحقّق، وفي هذه المسألة أنَّ القاضي لا يحبسُهُ إلا بحقٍّ ظاهر، واحتمالُ حبسه بغير حقٍّ موهوم، فلا يعارضُ الظاهر.

[2]قوله: وغلّة الوقوف؛ قيَّد بغلَّةِ الوقوف؛ لأنّه لا يعمل بإقرارِ ذي اليدِ في أصلِ الوقف إذا جحدَه الوارث ولا بيّنة، ولو قال المعزول: إن هذا وقف فلانٍ سلمتُه إلى هذا، وأقرّ ذو اليد وكذَّبه الوارث، لم يقبلْ قولُ القاضي المعزول، وذي اليد إن لم يقمْ عليه البيّنة. كذا في «البحر»[1].

[3] قوله: بالبيّنة؛ التي يقيمها الوصيُّ مثلاً على مَن هي تحت يده أنّها ليتيمِ فلان، أو ناظر الواقف، إنّ هذه الغلَّةَ لوقفِ فلان، قال في «النهر»: وكأنّه مبنيٌّ على عرفهم من أنَّ الكلَّ تحت يد أمينِ القاضي، وفي زماننا أموالُ الأوقافِ تحت يد نظّارها، وودائعُ اليتامى تحت يد الأوصياء، ولو فرض أنَّ المعزول وضع ذلك تحت أمين، عمل

(١) «البحر الرائق»(٦: ٣٠٢).

أو بإقرارِ ذي اليدِ لا بقولِ المعزول إلاَّ إذا أقرَّ ذو اليدِ بالتسليم منه

أو بإقرارِ ذي اليدِ[١] **لا بقولِ المعزول)**: أي لا يقبلُ[٢] قولُ المعزولِ إن قالَ: هذا وديعةُ فلانٍ دفعتُها إلى هذا الرَّجلِ، وهو منكرٌ، **(إلاَّ إذا أقرَّ**[٣] **ذو اليدِ بالتسليم منه)**: أي من القاضي المعزول.

القاضي بما ذُكِر. انتهى.

[١]قوله: **أو بإقرارِ ذي اليد**؛ لأنَّ إقرار الأجنبيّ غير مقبول. كما صرَّحوا به.

[٢]قوله: **لا يقبل**؛ كما سبق من أنّه بالعزل التحقَ بالرعايا، وشهادةُ الواحد لا تقبلُ لا سيّما إذا كانت على فعل نفسه.

[٣]قوله: **إلاَّ إذا أقرَّ...الخ**؛ يعني إلاَّ أن يعترفَ الذي في يده أنّ القاضي سلَّمها إليه فيُقْبَلُ قولُه؛ إذ بإقرارِهِ ثبت أنَّ اليدَ كانت للمعزولِ سابقاً فصحَّ إقرارُ المعزول، كأنّه في يده حالاً؛ لأنَّ مَن كان بيده حقيقةً يقبل إقراره.

فكذا إذا كان في يدِ مودعِه؛ لأنَّ يدَه كيدِ المودع، إلاَّ إذا بدأ صاحبُ اليدِ بالإقرارِ لغيره، ثمَّ أقرَّ بتسليمِ القاضي إليه، والقاضي يقرُّ به لغيرِه، فيسلِّمُ إلى المقرِّ له الأوّل، ويضمنُ المقرُّ قيمتَه للقاضي بالإقرار. كما صرَّحوا به.

والمسألة على أربعةِ أوجه:

١. إمّا أن يقرَّ بأنّه سلَّمه إليه بعدما أقرَّ به لغيرِه.
٢. أو ينكر التسليم، فحكمهما ما ذكرنا.
٣. أو يقرَّ بأنّ المعزول سلَّمه إليه، ثمَّ يقرّ به لغيره فلا يقبلُ إقراره للثاني؛ لأنّه لّما أقرَّ بأنَّ القاضي سلَّمه إليه صار كأنّه في يد القاضي.
٤. والرَّابع: أن يقرّ بأنّ القاضي سلَّمه إليه يقول: لا أدري لَمن هو، فحكمه ظاهر. كذا في «الرمز»(١)، و«التبيين»(٢)، وغيرهما.

---

(١) «رمز الحقائق»(٢: ٨٥).

(٢) «تبيين الحقائق»(٤: ١٧٨).

ويجلسُ للحكمِ ظاهراً في المسجد

(ويجلسُ[١] للحكمِ ظاهراً في المسجدِ والجامعِ أولى[٢])

[١]قوله: ويجلس؛ أي القاضي، وكذا السلطانُ يجلسُ للحكم ظاهراً بهيئةٍ يعلمُ النّاس أنّه جلسَ لفصل الخصوماتِ [لا] لعبادةٍ أُخرى في المسجد؛ لئلا يشتبه حاله على المسافرين والمقيمين الذين ليس لهم اختلاطٌ بالقضاة، ولأنّه ﷺ قضى فيه، وكذا الخلفاء الراشدون بعده، ولأنّه أبعدُ من التهمةِ للقاضي، ولأنّه عبادة، والمساجدُ وضعت لها.

وقال الحَمَويُّ: كذا قالوا، وهو صحيحٌ بالنظرِ إلى زمانهم، وبالنظر إلى زماننا فلا، فإنّ أهلَه لا يحترمون المساجد، ولا يقدِّرون قدرها، وربَّما يجلسون فيها بالجنابة، ويفعلون فيها ما لا يليق. انتهى.

وإن دخل المسجدَ لفصل الخصومات يستحب أن يصلّي للتحيّة ركعتين، والأربعُ أفضل، ثم يدعو لله تعالى أن يوفّق الحق، ويستقبل القبلة بوجهِه. كذا في «جامع الرموز»، ويستدبرُ القبلة كخطيب ومدرّس. كذا في «الدر المختار»[١] نقلاً عن «الخانية»[٢]، ولا يمنعُ المشرك من دخولِهِ للقضاء؛ لأنَّ نجاسته نجاسةُ اعتقادٍ على معنى التشبيه.

وأمّا الحائض فتخيَّر بحالها؛ ليخرجَ إليها القاضي، أو يرسلَ نائبه، كما لو كانت الدعوى في دابّة، ولا يقضي حالَ شغلِ قلبِهِ بفرحٍ، أو غضبٍ، أو همٍّ، أو حاجةٍ إلى الجماع، أو بردٍ، أو حرٍّ شديدٍ، أو مدافعةِ الأخبثين.

ولا ينبغي أن يتطوَّعَ بالصومِ في اليوم الذي يريدُ الجلوسَ فيه للقضاء، ويخرجَ في أحسنِ ثيابه، وأعدلِ أحواله، ذكره العلامة الطَّحْطَاويُّ في «حاشيته على الدر المختار»[٣].

[٢]قوله: والجامع أولى؛ لأنّه غير خفيٍّ على الغرباءِ وغيرهم، وذكر في «الخزانة»: إنّ الجامعَ أفضل إذا كان في وسطِ البلد، فإن كان في طرفِ البلدِ فيختارُ

(١) «الدر المختار»(٤: ٣١٠).
(٢) «الفتاوى الخانية»(٢: ٣٦٥).
(٣) «حاشية الطحطاوي»(٣: ١٨٣).

(ولو جلسَ في دارِهِ وأَذِنَ بالدُّخولِ جاز.

أي جلوساً ظاهراً[١]، وهو الجلوسُ المشهورُ الذي يأتي النَّاسُ لقطعِ الخصوماتِ من غيرِ اختصاصِ بعضِ النَّاسِ بذلك المجلس، وعند الشَّافِعِيِّ(١) ﷺ يُكْرَهُ الجلوسُ به في المسجد؛ لأَنَّهُ قد يَحْضُرُ المشركُ والحائض، ولنا: جلوسُ النَّبيِّ ﷺ[٢] في المسجد، وأيضاً القضاءُ عبادةٌ ونجاسةُ المشركِ من حيث الاعتقاد، والحائضُ لا تدخلُ بل يفصِّلُ خصومتُها على بابِ المسجد، (ولو جلسَ في دارِهِ وأَذِنَ بالدُّخولِ جاز[٣].

مسجداً في السوقِ ليكون أشهر. انتهى. فالحاصل أنّه يجلسُ للقضاء في أشهرِ الأماكن ومجامعِ الناس، وليس فيه حاجبٌ ولا بوّاب.

وفي «شرح أدب القاضي»: له أن يتّخذَ بوَّاباً ليمنعَ الخصومَ من الازدحام، ولا يباحُ للبوَّابِ أن يأخذَ شيئاً على الإذن في الدخول. كذا في «البحر»(٢).

[١]قوله: جلوساً ظاهراً؛ ولا يتعبُ نفسه بطولِ الجلوس، ولكن يجلسُ طرفي النهار، وكذا المفتي والقاضي. كذا في «الفتح»(٣).

[٢]قوله: ولنا جلوسُ النبيّ...الخ؛ حاصله: أنّه ﷺ كان يفصلُ الخصومات في معتكفِه، كما ثبتَ في كتبِ الحديث، والخلفاءُ الراشدون كانوا يجلسونَ للحكم في المساجد؛ ولأنّ القضاءَ عبادةٌ كما قرَّرنا سابقاً.

فيجوز إقامتُهُ في المسجد كالصلاة، والمسجدُ وضع للعبادة، والمشركُ ليس في بدنِهِ نجاسةٌ تلّوث، وإنّما ذلك في اعتقادِه، والحائض تخيَّرُ بحالِها؛ لأنّها مسلمةٌ، فيخرجُ إليه القاضي أو يرسلُ نائبَه، كما إذا كانت الدعوى في دابّة كما ذكرنا.

[٣]قوله: جاز؛ لأنَّ الحكمَ عبادةٌ لا يتقيَّدُ بمكان، والأولى أن تكون الدارُ في وسطِ البلدِ كالمسجد. كذا في «النهر».

ولا يحكمُ وهو ماشٍ؛ لأنَّ الرأي لا يجتمعُ وهو مشغول بالمشي، ولا بأسَ بأن

(١) ينظر: «المحلي»(٤: ٣٠٣)، و«نهاية المحتاج»(٨: ٢٥٤)، و«مغني المحتاج»(٤: ٣٩٠)، وغيره.
(٢) «البحر الرائق»(٦: ٣٠٣).
(٣) «فتح القدير»(٦: ٣٦٩).

ولا يقبلُ هديةً

ولا يقبلُ هديةً[1]

يقعد في الطريقِ إذا كان لا يضيقُ على المارّة، ولا بأس بأن يحكمَ وهو متكئ؛ لأنّه يزيدُ في الرأي لزيادةِ راحةٍ فيه، ولكن القضاءَ مستوي الجلوس أفضل تعظيماً لأمرِ القضاء، وعن أبي يوسفَ ﷺ أنّه استفتي وهو متكئ فاستوى وارتدى وتعمَّم ثم أفتى؛ تعظيماً لأمرِ الفتيا.

ولا يجلسُ وحدَه؛ لأنّه يورثُ التهمة، وإن جلسَ وحدَه فلا بأس به إن كان عالماً بالقضاء، وإن كان جاهلاً يستحبُّ له أن يقعدَ معه أهلَ العلم؛ لأنّه لا يؤمن من أن ينْزل عن الحقّ فينبِّهونَه الأعوان، ويجلسهم قريباً منه للمشورة، وكذا أهلُ العدلِ للشهادةِ عليه بخلاف الأعوان، حيث يكونون بعيداً عنه؛ لأنّهم لأجل الهيبة، وهو أهيب. كذا في «التبيين»(1).

[1]قوله: ولا يقبل هدية؛ وهي ما يعطيه بلا شرط أن يعينه بخلاف الرشوة، فإنّه شرط معها، ووجهُ التأكيدِ لعدم قبولِ الهديةِ أنّها شبه الرشوة، فيتجنبُ عنها، وعلى هذا كانت الصحابةُ رضوان الله تعالى عليهم أجمعين.

والأصل في ذلك ما رويَ عن أبي حميد السَّاعديّ ﷺ قال: «استعمل النبيُّ ﷺ رجلاً من الأزد، يقال له: أبي اللُّتْبِيّة على الصّدقة، فلمَّا قدمَ قال: هذا لكم وهذا لي، قال ﷺ: هلا جلسَ في بيت أبيهِ أو بيت أمّه، فينظرُ أيهدى له أم لا»، قال عمرُ بن عبد العزيز ﷺ كانت الهديةُ على عهدِ رسول الله ﷺ هدية، واليوم رشوة. ذكرَه البُخاريّ(2).

واستعملَ عمرُ ﷺ أبي هريرة ﷺ، فقدم بمال فقال له: من أين لك هذا، قال: تلاحقتُ الهدايا، فقال له عمر ﷺ: أي عدوّ الله، هلا قعدت في بيتك فتنظر أيهدى لك أم لا، فأخذَ ذلك منه وجعلَه في بيت المال، وتعليلُ النبيِّ ﷺ دليلٌ على تحريم الهديةِ التي سببها الولاية. كذا في «الفتح»(3)، وغيره.

---

(1) «تبيين الحقائق»(٤: ١٧٨).

(2) في «صحيح البخاري»(٢: ٩١٧).

(3) «فتح القدير»(٦: ٣٧١ - ٣٧٢).

إلاّ من ذي رحمٍ مُحَرَّمٍ منه، أو مِمَّن اعتادَ مهاداتَهُ

إلاّ من ذي رحمٍ[1] مُحَرَّمٍ منه، أو مِمَّن اعتادَ مهاداتَهُ[2]

وذكرُ الهديةِ في الكتابِ ليس احترازيّاً إذ يحرمُ عليه الاستقراضُ والاستعارةُ ممّن يحرمُ عليه قَبول هدية. كذا في «البحر»(١) نقلاً عن «الخانية»(٢): فإن كان المهدي يتأذّى بالردّ يقبلها ويعطيهِ مثل قيمتها. كذا في «الخلاصة».

ولا يلحقُ بالقاضي فيما ذكرَ المفتي، والواعظ، ومعلّم القران، والعلم؛ لأنّهم ليس لهم أهليّةُ الإلزام، والأولى في حقّهم إن كانت الهديةُ لأجلِ ما يحصلُ منهم الافتاءُ والوعظُ والتعليمُ عدمُ القبول؛ ليكون عملهم خالصاً لله ﷻ، وإن أهدى إليهم تحبّباً وتودداً لعلمهم وصلاحهم، فالأولى القبول.

وأمّا إذا أخذَ المفتي الهدية ليرخّص في الفتوى فإنْ كان بوجهٍ باطل فهو رجلٌ فاجرٌ يبدّل أحكام الله تعالى، ويشتري بها ثمناً قليلا، وإن كان بوجهٍ صحيحٍ فهو مكروهٌ كراهةً شديدة.

وأمّا إذا أخذ لا ليرخّصَ له بل لبيان الحكمِ الشرعيّ، فهذا ما ذكر وهذا إذا لم يكن بطريقِ الأجرة، بل مجرَّدُ هدية؛ لأنَّ أخذَ الأجرةِ على بيانِ الحكمِ الشرعيِّ لا يحلُّ عندنا، وإنّما يحلُّ على الكتابة؛ لأنها غير واجبةٍ عليهِ هنا. ذكره العلامةُ الشاميُّ في «ردّ المحتار»(٣)، ونقلناه بأدنى اختصارٍ وتغيير.

[١]قوله: **إلاّ من ذي رحم**؛ لأنَّ قبول هديته من صلةِ الرّحم، وورود التأكيدِ فيها، وفي ردِّ الهديةِ عليه قطيعة الرحم، وهي حرام، وقيّده بقوله: يحرم منه، ليخرجَ ابن العمّ ونحوه، فإنّه ليس داخلا في هذا الحكم.

[٢]قوله: **أو من اعتادَ مهاداته**؛ ظاهرُ العطف تقتضي أنّه يقبلُ من القريب، وإن لم يكن له عادةً بالإهداء، وفي كلامِ بعضهم ما يقتضي أنّه كالأجنبيّ لا بُدّ أن يكون له عادة وإلاّ فلا يقبلها منه إلاّ أن يكون لفقرِهِ ثم أيسر؛ لأنَّ الظاهر أنَّ المانعَ ما كان إلاّ

(١) «البحر الرائق»(٦: ٣٠٤ - ٣٠٥).
(٢) «الفتاوى الخانية»(٢: ٣٦٣).
(٣) «رد المحتار»(٤: ٣١١).

قَدْرَاً معهوداً إذا لم يكنْ لهما خصومة

قَدْرَاً معهوداً[1] إذا لم يكنْ[2] لهما خصومة

الفقر. كذا في «البحر»[1].

وإنّما يقبلُ الهديةَ ممّن اعتادَ مهاداته؛ لأنّها ليست للقضاء، بل هي جريٌ على العادة، فلا يتوهَّم فيها الرشوة، وقال في «الأشباه»: لم أرَ بماذا ثبتَت العادة، ونقل الحمويُّ عن بعضهم: إنّها تثبت عبرة.

[1]قوله: قدراً معهوداً؛ فلو زادَ لا يقبلُ الزيادة، وذكرَ فخرُ الإسلام ﷺ: إلاَّ أن يكون مالُ المهدي قد زاد، فبقدرِ ما زادَ ماله، إذا زادَ في الهديةِ لا بأس بقبولها. كذا في «الفتح»[2].

[2]قوله: إذا لم يكن... الخ؛ أي يقبلُ الهديةَ من ذي رحمٍ محرمٍ منه، أو ممّن اعتاد قبل القضاء مهاداته بالقدر الذي كان معهوداً عنده، إذا لم يكن لذي رحمٍ محرم منه، ولمن اعتادَ مهاداته خصومة فإذا كان بينهما خصومةٌ لا يقبلُ الهدية منهما؛ لأنّها حينئذٍ للقضاء، فإن قبلَها بعد انقطاعِ الخصومةِ جاز، كما صرَّحوابه.

قال العلامةُ شيخُنا الطحطاويُّ في «حاشيته على الدر المختار»[3]، فإن كان لها خصومة ردّها، قال في «النهر»: أمّا إذا تمّت الخصومةُ فينبغي أن لا يتردَّد في جواز قبولها، قلت: إلاَّ أن يكون ممَّن لا تناهى خصوماته، كنظَّارِ الأوقافِ ومباشرٌ بهما انتهى. حَمَوي.

قلت: وعلى بحث صاحبِ «النهر» نُص ابن ملكٍ في «شرح المجمع»: قال في «الهندية»[4]: ولا ينبغي أن يستقرضَ إلاَّ من صديقٍ أو خليط له كان قبل أن يستقضي، ولا يخاصمُ إليه، ولا يتهمّه أن يعيِّن خصماً، وكذلك الاستعارة. انتهى كلام الطحطاويّ ﷺ.

---

(١) «البحر الرائق»(٦: ٣٠٥).

(٢) «فتح القدير»(٦: ٣٧٢).

(٣) «حاشية الطحطاوي»(٣: ١٨٣ - ١٨٤).

(٤) «الفتاوى الهندية»(٣: ٣٢٨).

ولا يَحْضُرُ دعوةً إلاَّ عامّةً

ولا يَحْضُرُ دعوةً[1] إلاَّ عامّةً[2]) : العامّةُ : هي التي[3] يتَّخذها النَّاس

[١]قوله: **دعوة**؛ قال في «المصباح المنير»(١): الدَّعوة: بالفتح في الطعام: اسمٌ من دعوتُ النّاس: إذا طلبتَهم ليأكلوا عندك، يقال: نحنُ في دعوة فلان ومَدْعاتِه ودُعائِهِ بمعنى، قال أبو عبيدة ﷺ: وهذا كلامُ أكثرِ العرب إلاَّ عَديّ الرّباب، فإنّهم يعكسون، ويجعلونَ الفتح في النسب، والكسر في الطعام. انتهى.

[٢]قوله: **ولا يحضرُ دعوةً إلاَّ عامّة**؛ لأنَّ الخاصَّة لأجلِ القضاء، فيتَّهم بالإجابة بخلافِ العامّة.

وقيّد في «السراج الوهّاج» جوازَ حضورِ القاضي الدَّعوة العامّة بما إذا كان صاحبُها ممن يعتادُ اتّخاذها له قبل تقلّد القضاء، أمّا إذا لم يكن كذلك لا يحضرها لما في ذلك من التهمة، قال: وأمّا إذا كانت الدعوةُ خاصَّةً لا يحضرها أبداً سواءً كانت لقريبه أو لأجنبي عندهما؛ لأنَّ ذلك يدخلُ عليه التهمة.

وقال محمّد ﷺ: لا بأس أن يجيبها إذا كانت لقريبه. كما في «الهداية»(٢)؛ لأنَّ في ذلك صلةُ الرحم، وهو مأمورٌ بها، فلا يمنعُ القضاءُ من ذلك.

ثم بحث وقال: وذكر صدرُ الإسلامِ أبو اليسرِ ﷺ إذا كان للمضيف خصومةٌ لا يحضرُ دعوتَه العامّة لما فيه من التهمة. انتهى.

قال في «البحر»(٣): الأحسنُ أن يقال: ولا يقبلُ هديةً ودعوةً خاصَّةً إلاَّ من محرم أو ممّن له عادة، فإن للقاضي أن يجيبَ الدعوةَ الخاصَّة من أجنبيٍّ له عادة، باتّخاذها كالهدية، فلو كان من عادته الدَّعوةُ له في كلِّ شهرٍ مرَّة فدعاهُ كلّ إسبوعٍ بعد القضاءِ لا يجيبه، ولو اتَّخذَ له طعاماً أكثر من الأوَّل لا يجيبه إلاَّ أن يكون ماله قد زاد. كذا في «التاتارخانية» انتهى.

[٣]قوله: **العامّة هي التي...الخ**؛ فالخاصَّةُ هي التي لا يتّخذُها صاحبُها، لولا حضورُ القاضي، وقيل: دعوة العرسِ والختانِ عامّة وما سواهما خاصّة، وقيل: إن

---

(١) «المصباح المنير»(ص١٩٧).

(٢) «الهداية»(٣: ١٠٣).

(٣) «البحر الرائق»(٦: ٣٠٥).

ويشهدُ الجنازة، ويعودُ المريض، ويسوِّي بين الخصمين جلوساً وإقبالاً

وان لم يحضرْ القاضي، وعند محمَّدٍ ﷺ الخاصةُ إن كانت من قريبِهِ يجيبُهُ كالهدية.

(ويشهدُ الجنازة، ويعودُ المريض[1]، ويسوِّي[2] بين الخصمين جلوساً وإقبالاً

كانت لخمسةٍ إلى عشرةٍ فخاصّة، وإن كانت لأكثر فعامّة. كذا في «البحر»(1).

[1]قوله: **ويشهدُ الجنازةَ ويعودُ المريض**؛ لأنَّ هذا من حقوقِ المسلمين، كما روى مسلمٌ عن أبي هريرة ﷺ قال: قال رسولُ الله ﷺ: «حقُّ المسلمُ على المسلمِ خمس: ردُّ السلام، وتشميتُ العاطس، وإجابةُ الدعوةِ وهو عيادةُ المريض، واتِّباعُ الجنازة، واذا استنصحك فانصح له»(2)، فهذه هي السادسة، وهو لا يسقطُ بالقضاء.

قال الزَّيْلَعِيُّ في «شرح الكنز»(3): لكن لا يطيلُ مكثَهُ في ذلك المكان، وإن كان للمريضِ خصومةٌ مع أحد لا يعودُه. انتهى.

[2]قوله: **ويسوي**...الخ؛ يعني إذا حضر المتخاصمين سوّى القاضي بينهما في الجلوس والإقبال؛ لما روى إسحاق بن راهويه ﷺ في «مسنده» عن أم سلمة قالت: قال رسولُ الله ﷺ: «مَن ابتليَ بالقضاء بين المسلمين فليساوِ بينهم في الجلوسِ والإشارةِ والنظر». كذا في «الفتح»(4).

ولأنّه إذا لم يسوِّ في ذلك بينهما يصيرُ منهما بالميل، وهو مأمورٌ بالتحرُّزِ عن ذلك بأقصى ما يمكنُه، وهذا فيما يكونُ في سعةِ الامتناعِ عنه، أمّا فيما لا يكون كذلك، كما إذا تمنّى بقلبِهِ أن يظهرَ حجّة أحدهما، فهو غير مؤاخذٌ بذلك. كذا في «المبسوط». ذكرَه العلامةُ البرْجَنْدِيُّ في «شرح النُّقاية».

وإطلاقُ المتنِ يعمُّ الصغيرَ والكبير، والخليفةَ والرعية، والدنيَّ والشريف، والأبَ والابن، والمسلمَ والكافر، إلاَّ إذا كان المدَّعى عليه هو الخليفة، ينبغي للقاضي أن يقومَ

(1) «البحر الرائق»(٦: ٣٠٦).

(2) في «صحيح مسلم»(٤: ١٧٠٤)، وغيره.

(3) «تبيين الحقائق»(٤: ١٧٩).

(4) «فتح القدير»(٦: ٣٧٣).

ولا يسارّ أحدهما، ولا يضيِّفُهُ، ولا يضحكُ، ولا يمزحُ معه، ولا يشيرُ إليه، ولا يُلَقِّنُهُ حجَّةً

ولا يسارّ أحدهما[1]، ولا يضيِّفُهُ[2]، ولا يضحكُ[3]، ولا يمزحُ[4] معه، ولا يشيرُ إليه، ولا يُلَقِّنُهُ حجَّةً[5]

من مقامه، وأن يجلسَه مع خصمه، ويقعدَ هو على الأرض، ثمَّ يقضي بينهما.

ولا ينبغي أن يجلسَ أحدهما عن يمينِهِ والآخرُ عن يساره؛ لأنَّ لليمين فضلاً؛ ولذا كان النبيُّ ﷺ يخصُّ به الشَّيخين، بل المستحبُّ باتّفاقِ أهلِ العلم أن يجلسَهما بين يديه كالمتعلِّم بين يدي معلِّمِه، ويكون بُعدهما عنه قدرَ ذراعين أو نحوهما، ولا يمكِّنهما من التربُّعِ ونحوه، ويكون أعوانه قائمة بين يديه.

وأمّا قيامُ الأخصامِ بين يديه فليس معروفاً، وإنّما حدثَ لما فيه من الحاجة إليه، والنّاس مختلفو الأحوالِ والأدب، وقد حدث في هذا الزمانِ أمور وسفهاء، فيعملُ القاضي بمقتضى الحال. كذا في «الفتح»(1)، وغيره.

[1]قوله: **ولا يسارُّ أحدُهما**؛ لأنَّ بالمسارَّةِ ينكسرُ قلب الآخر، وينسبُ نحو تهمةُ الميل إليه، وقيّد بقوله: أحدُهما؛ لأنّه لو سارّهما معاً، أو أضافهما معاً لا بأسَ به، صرَّح به العلامةُ الشُّمُنِّيُّ، وغيره.

[2]قوله: **ولا يضيِّفه**؛ لأنَّ فيه تهمة، ولما رواهُ الحسن ﷺ قال: «جاء رجلٌ فنَزل على عليٍّ ﷺ فأضافه، فلما قعدَ قال: إنّي أريدُ أن أخاصم، قال له: تحوَّل فإنَّ النبيّ ﷺ نهانا أن نضيِّفَ الخصمَ إلاّ ومعه خصمُه»(2)، كذا في «منح الغفّار»(3).

[3]قوله: **ولا يضحك**؛ القاضي في وجه أحدِ المتخاصمين؛ لأنّه بسببِ ضحك القاضي يجترئ على خصمِه، ويطمعُ فيه أن يميلَ إليه بالرشوة.

[4]قوله: **ولا يمزح**؛ أي القاضي معه: أي مع أحد المتخاصمين في مجلسِ الحكم، ولا مع الخصوم، ولا يكثرُ في غير مجلسِ الحكم أيضاً؛ لأنّه يذهبُ بمهابةِ القضاء.

[5]قوله: **ولا يلقِّنه حجّة**؛ لأنّه إعانةٌ لأحدِ الخصمين؛ ولهذا قيل: يكره أن يفتيَ للخصومِ في القضاءِ فيما خاصمَ إليه حتى ينتقضَ الخصومة، وقيل: يكره أن يفتيَ في

---

(1) «فتح القدير»(٦: ٣٧٤).

(2) في «سنن البَيْهَقِيّ الكبير»(١٠: ١٣٧)، وينظر: «نصب الراية»(٤: ٧٣).

(3) «منح الغفار»(ق٢: ٩٩أ - ب).

وكُرِهَ تلقينُ الشَّاهدِ بقولِهِ أتشهد بكذا وكذا، واستحسَنَهُ أبو يوسفَ ﷺ فيما لا تهمةَ فيه

وكُرِهَ تلقينُ الشَّاهدِ بقولِهِ أتشهد بكذا وكذا، واستحسَنَهُ أبو يوسفَ ﷺ فيما لا تهمةَ فيه[1]

المعاملاتِ أصلاً، بل يفتي في العبادات.

وقيل: يكره أن يفتيَ في مجلس القضاء دون غيره، والأصحّ أنّه لا بأس بأن يفتيَ في المعاملاتِ والعباداتِ في مجلس القضاءِ وغيره. كذا في «مبسوط الإمام السَّرَخْسيّ»(١). ذكره البِرْجَنْدِيُّ في «شرح النُّقاية».

[١]قوله: **واستحسنَه أبو يوسف ﷺ فيما لا تهمة فيه**؛ لأنَّ الشاهدَ لاستيلاء الحيرةِ والهيبةِ قد يترك شيئاً من شرائط الشهادة، ويقول: اعلم؛ مكانَ قوله: أشهد، فكأنَّ في تلقينه إحياء الحقّ، ولا تهمةَ في مثلِهِ فكان من باب التعاونِ على البرّ؛ وذلك فيما لا تهمةَ فيه.

أمّا في موضعِ التهمةَ بأن ادَّعى المدَّعي ألفاً وخمسمئة، والمدَّعى عليه ينكرُ الخمسمئة، وشهدَ الشاهدُ بألف، فيقول القاضي: يحتملُ أنّه إبراء من الخمسمئة، واستفادَ الشاهدُ بذلك علماً فوفّق به في شهادتِه كما وفّقَ القاضي، فهذا لا يجوزُ بالاتّفاق، كما في تلقين أحد الخصمين، كما صرَّحوا به.

وتسميةُ قول أبي يوسفَ ﷺ بالاستحسان دليلٌ على أنَّ المختارَ عند المصنِّف قول أبي يوسفَ ﷺ، وقال في «القُنية»(٢): الفتوى على قولِ أبي يوسفَ ﷺ فيما يتعلَّق بالقضاء؛ لزيادةِ تجربته. انتهى.

وذلك لأنَّ محمَّداً ﷺ وإن تولَّى قاضياً بالريّ لكن لم يَصِلْ إلى تجربةِ شيخِه، فإنّه طالَ مدَّةِ قضائه، وزيادةُ التجربةِ تفيدُ زيادةَ العلم، ونقل الحَمَويُّ عن مجدِ الأئمّة التُّرْجُمانيّ أنَّ الذي يؤيِّدُه ما ذكرَ في الفتاوى أنّ أبا حنيفةَ ﷺ كان يقول: الصدقةُ أفضلُ من حجِّ التطوع، فلما حجَّ وعرفَ مشاقّه رجعَ وقال: الحجّ أفضل.

---

(١) «المبسوط»(١٦: ٨٥ - ٨٦).

(٢) «قنية المنية»(ق٢٠٤/أ).

....

وذلك[1] فيما لا يستفيدُ بتلقينِهِ زيادة علم.

[١]قوله: وذلك...الخ؛ فينبغي أن يذكرَ ما سمعَ منه، ولا يقول: أشهدُ بكذا لِمَا لم يسمع منه، فإنّه هو التلقينُ المكروهُ اتّفاقا، أمّا تلقينُ أحدِ الشاهدين للآخرِ فغيرُ مكروه، صرَّح به البرْجَنْدِيُّ في «شرح النُّقاية».

فصل في الحبس

ويُحْبَسُ الخصمُ مدَّةً رآها مصلحةً في الصَّحيح

فصل في الحبس

(ويُحْبَسُ[1] الخصمُ[2] مدَّةً رآها مصلحةً في الصَّحيح)

[1]قوله: ويحبس؛ لَمَّا كان الحبسُ من أحكامِ القضاء، وتعلَّقَ به أحكام فشرع فيه، والحبس: لغة: المنع، وهو مصدر حَبَس من باب ضَرَب، ثمّ أطلقَ على الموضع، وجمعَ على حبوس مثل فَلْس وفُلوس، كذا في «المصباح»(1).

والحبس مشروع: بالكتاب، والسنَّة، والإجماع:

أمّا الكتاب؛ فقوله تعالى في قطّاع الطريق: ﴿أَوْ يُنفَوْا مِنَ ٱلْأَرْضِ﴾(2)، والمرادُ به الحبس.

وأمّا السنّة؛ فهو ما روي أنَّ رسول الله ﷺ حبسَ رجلاً بالتهمة.

وأمّا الإجماع؛ فإنَّ الصحابةَ رضي الله عنهم أجمعين ومَن بعدهم أجمعوا إلاَّ أنّه لم يكن في زمنِ النبي ﷺ وأبي بكرٍ وعمرَ وعثمانَ ﷺ سجن، وكان يحبس في المسجدِ أو الدِّهْليز حيث أمكن، ولَمّا كان زمنُ عليٍّ ﷺ أحدثَ السجن، بناه من قضب، وسمّاه نافعاً، فنقبَه اللصوص، فبنى سجناً من بدرٍ فسمّاه مخيساً بالخاء المعجمةِ والياء التحتانية، مأخوذاً من التخميس، وهو السند، قيل: وقال فيه شعراً:

قوله ألا تراني كيِّساً مُكيِّسا   بنيت بعد نافعٍ مُخيِّسا

حصناً حصيناً وأميناً كيِّسا

كما ذكره، وصفةُ الحبسِ وما يتعلَّقُ به مذكورٌ في «الدر المختار»(3) وحواشيه تركناه بطول الكلام، وغرابة المقام.

[2]قوله: الخصم؛ أطلقَه فشملَ الحرَّ المديون، والعبدَ المأذون، الصبيَّ المحجور، فإنّهم يحبسون، ولكنَّ الصبيَّ لا يحبسُ بدين الاستهلاك، بل يحبسُ والدُه أو وصيُّه،

---

(1) «المصباح المنير»(ص118).

(2) المائدة: 33.

(3) «الدر المختار»(4: 313).

....

إنّما قالَ هذا لاختلافِ الرِّواياتِ[١] في تعيينِ مدَّةِ الحبس، والأصحُّ أن التقديرَ مفوَّضٌ إلى رأي القاضي؛ لتفاوتِ أحوال الأشخاص[٢] في ذلك

فإن لم يكونا أمرَ القاضي ببيعِ ماله في دينِه. كذا في «البحر»(١) نقلاً عن «البَزَّازيّة»(٢).

[١]قوله: لاختلافِ الروايات...الخ؛ اختلفت الرِّواياتِ في تقدير تلك المدّة:

فعن محمَّد ﷺ أنّه قدّرها بشهرين إلى ثلاثة.

وعنه أيضاً: أنّه قدَّرها بأربعةِ أشهر.

وعن أبي حنيفةَ ﷺ بروايةِ الحسنِ ﷺ: أنه قدّرها بستّة أشهر.

وعنه برواية الطحاويّ ﷺ: أنّه قدّرها بشهر، وكثيرٌ من مشايخنا أخذوا برواية الطَّحاوي.

وبعضُ مشايخنا قالوا: القاضي ينظرُ إلى المحبوس إن رأى عليه زي الفقراء، وهو صاحبُ عيال يشكو عياله إلى القاضي البؤسَ وضيقَ النفقة، وكان ليِّناً عند جوابِ خصمِه حبسَه شهراً، ثم يسأل.

وإن كان وقحاً عند جوابِ خصمه، وعرفَ تمرّده، ورأى عليه إمارة اليسار حبسَه أربعةَ أشهرٍ إلى ستّة أشهر، ثمَّ يسأل، وإن كان فيما بين ذلك حبسه شهرين إلى ثلاثة أشهر، ثم يسأل، وبه كان يفتي الإمامُ ظهيرُ الدين المِرْغِينانيّ، وهو يحكي عن عمِّه شمسِ الأئمّة الأُوْزجَنْديّ، وكثيرٌ من المشايخ قالوا: ليس في هذا تقدير لازم. كذا في «الفتاوى الهندية»(٣) نقلاً عن «الذخيرة»(٤).

[٢]قوله: لتفاوت أحوال الأشخاص؛ وذلك يعني لأنَّ المقصود من الحبسِ الضجر والتسارع لقضاء الدّين، وأحوال الناس فيه متفاوتة، فالمناسب أن يفوّضَ الأمرُ إلى رأي القاضي.

---

(١) «البحر الرائق»(٦: ٣١٠).

(٢) «الفتاوى البزازية»(٥: ١٩٠).

(٣) «الفتاوى الهندية»(٣: ٤١٥).

(٤) ينظر: «الفتاوى الخانية»(٢: ٣٧٣).

بطلبِ وليِّ الحقِّ ذلك إن أمرَ القاضي المقرَّ بالايفاء فامتنعَ أو ثَبَتَ الحقُّ ببيِّنةٍ، فيما لزِمَهُ بعقدٍ كمهرٍ

(**بطلبِ وليِّ الحقِّ ذلك**[1] **إن أمرَ القاضي المقرَّ بالايفاء فامتنعَ أو ثَبَتَ الحقُّ ببيِّنةٍ**): أي إن ثَبَتَ الحقُّ[2] ببيِّنةٍ، وطلب وليِّ الحقِّ الحبسَ، يحبسُهُ القاضي من غيرِ احتياجٍ إلى أن يأمرَ القاضي بإيفاء الحقِّ فيمتنعُ، وإن ثَبَتَ بالإقرارِ لا بُدَّ أن يأمرَهُ فيمتنع، إذ في صورةِ البيِّنةِ ظَهَرَ مُطْلُهُ بإنكارِهِ، وفي الإقرارِ إنَّما يَظْهَرُ المطلُ بأن يمتنعَ من الإيفاءِ بعد الأمر، فإنّ الحبسَ جزاءُ المماطلة.

(**فيما لزِمَهُ**[3] **بعقدٍ كمهرٍ**

[1]قوله: **بطلب وليِّ الحق ذلك**؛ أن يحبسَ القاضي الخصمَ إذا طلب صاحبُ الحقِّ حبسَه؛ لأنّه يحبسُ لأجلِ حقِّه، فلا بدَّ من طلبه، سواء كان ذلك الحقُّ قليلاً أو كثيراً، حتى ذكرَ في «الخلاصة» وغيرها: أن يحبسَ لدانق، وهو سدس درهم، ولو لم يطلب صاحبُ الحقِّ حبْسَه لا يحبس، حتى لو قال المطلوب: احبسني، وقال وليُّ الحقّ: لا بل ألازمك، لا يحبس، كما صرَّحوا به(1).

[2]قوله: **أي إن ثبت الحق... الخ**؛ حاصلُهُ أن ثبوتَ الحقّ لا يخلو:

١. إمّا أن يكون بإقرار الخصم.
٢. أو ببيّنة المدّعي.

ففي الأوّل: يأمره القاضي بالإيفاء، فإن أوفى بما أقرَّ به فيها، وإن امتنعَ ولم يدفعْ ظهرَ مطله فيحبسه القاضي؛ لظهورِ مطله الذي جزاؤه الحبس.

وفي الثاني: لما أنكرَ الخصمُ ذلك الحقّ وأثبته المدّعي ظهرَ مطلُه، فيحبسُه القاضي في أوّل الوهلة من غير حاجةٍ إلى الأمرِ بالإبقاء؛ لظهورِ مطلبِهِ بإنكاره، والمحكي عنه عن شمس الأئمّة السَّرَخْسِيّ عكسُ هذا؛ لأنّه إذا ثبت بالبيِّنة يقول: ما علمتُ إلاّ الساعة؛ لخلافِ الإقرار. ذكره في «كمال الدراية».

[3]قوله: **فيما لزمه**؛ أي يحبسُ القاضي الخصمَ في كلِّ دينٍ لزمَه بالتزامه، مثل المهر والكفالة، ألزمه بدلاً عن مالٍ حصل له كثمن مبيع؛ لأنَّ التزامَه المال باختياره دليلٌ

(1) ينظر: «الفتاوى الهندية»(٣: ٤١٦).

....

....

على يساره ظاهراً، إذ العاقل لا يلتزمُ ما لا يقدرُ على أدائه، فبعد ذلك لا يسمع قوله بأنّه لا يقدر على تسليمه، فيحبس، وحصولُ المال في يدهِ مثبتٌ لغناه، وزوالُهُ عن الملك محتمل، والثابتُ لا يتركُ بالمحتمل فلا يسمع إلى فقير فيحبس.

واعلم أن قاضي خان قال في «فتاواه»: فإن قال الطالب: هو موسرٌ قادرٌ على القضاء، وقال المديون: أنا معسر، تكلّموا فيه:

قال بعضُهم: القولُ قولُ المديون: إنّه معسر.

وقال بعضُهم: إن كان الدَّينُ واجباً بدلاً عن ما هو مال، كالقرض وثمنُ المبيع، فالقولُ قول مدَّعي اليسار، يروى ذلك عن أبي حنيفة ﷺ، وعليه الفتوى؛ لأنَّ قدرته كانت ثابتة بالمبدل، ولا يقبل قوله في زوالِ تلك القدرة، وإن لم يكن الدَّينُ بدلاً عمَّا هو مال كان القول فيه قوله؛ لأنَّ الضمانَ فيه وجب بدلاً عمّا هو مال، كان القولُ فيه قول المديون، والذي يؤيّدُ هذا القول مسألتان:

أحدُهما: أحدُ الشريكين إذا أعتق العبدَ المشتركَ وادّعى أنّه معسر، كان القولُ فيه قوله؛ لأنَّ الضمان فيه وجبَ بدلاً عمّا هو ليس بمال، والأصلُ في الآدميّ هو العسرة.

والثانية: إنّ المرأة إذا طلبت نفقة المعسرين، والزوج يدّعي العسرة، فكان القولُ قولُ الزوج.

وقال بعضُهم: كلُّ مال وجبَ بعقدةٍ لا يقبلُ قول المديون أنّه معسر، وإن لم يكن ذلك بدلاً عمّا هو مال. انتهى.

فقد علمت أنّ الفتوى على أنّه لا يحبسُ إلا فيما كان بدلاً عن مال، فلا يحبس في المهرِ والكفالة على المفتى به، وهو خلافُ ما اختارَه المصنِّفُ تبعاً لصاحب «الهداية»[1].

وقال في «البحر»[2]: وذكر الطرسوسيّ في «أنفعِ الوسائل»[3]: إنّه المذهبُ المفتى به، فقد اختلفَ الإفتاءُ فيما التزمَه بعقده، ولم يكن بدلَ مال، والعمل على ما هو في

(١) «الهداية»(٣: ١٠٤).

(٢) «البحر الرائق»(٦: ٣١٠).

(٣) «أنفع الوسائل»(ص٣٢٨).

وكفالةٍ، وبدلاً عن مالٍ حصلَ له كثمَنِ مبيع، وفي نفقةِ عرسِهِ وولدِهِ لا في دينِهِ

وكفالةٍ[١]): المراد المهر المعجَّل[٢]، **(وبدلاً عن مالٍ حصلَ له كثمَنِ مبيع، وفي نفقةِ عرسِهِ[٣] وولدِهِ لا في دينِهِ[٤])**

المتون؛ لأنّه إذا تعارض ما في المتونِ والفتاوى، فالمعتمدُ ما في المتون، وكذا يقدَّمُ ما في الشروحِ على ما في الفتاوى. انتهى. فلا يردُ أنّ ما في المتنِ مخالفٌ لفتوى قاضي خان.

[١]قوله: **وكفالة**؛ واستثنى منه في «الشُّرُنْبلاليّة»(١): كفيلُ أصلِه، كما لو كفلَ أباه وأمّه، فإنّه لا يحبسُ مطلقاً لما يلزمُ عليه من حبسِ الأب معه. كذا في «ردِّ المُحتار»(٢).

[٢]قوله: **المرادُ المهرُ المعجّل**؛ لأنَّ العادةَ جرَت على تسليمِ المعجّل، فكان إقدامُهُ على النكاحِ دليلاً على قدرتِهِ على تسليمِ المعجّل، فلا يحبسُ في المؤجّل.

فإن قلت: المهرُ المؤجّلُ أيضاً قد التزمَه بعقد، فما الفرق؟

قلت: لما علمَ عدمَ مطالبتِه في الحالِ لم يدلَّ على قدرتِهِ عليه بخلافِ المعجّلِ شرطاً أو عرفاً، وقال في «المنح»، وفي «الأصل»: لا يصدَّق في الصداق بلا فصلٍ بين مؤجّله ومعجّله. كذا في «البَزّازيّة»(٣). انتهى.

[٣]قوله: **وفي نفقةِ عرسه**؛ أي إذا فرضَ القاضي على رجلٍ نفقةَ زوجتِه، واصطلاحا على مقدار، فلم ينفقْ عليها، ورافعت إلى الحاكم، حبسه؛ لأنّه في الامتناع عن الإنفاقِ عليهما صار ظالماً.

وولده؛ أي يحبسُ في نفقةِ ولده؛ لأنّها لإحيائه.

وإنّما قلنا: إذا فرضَ القاضي... الخ؛ لأنَّ نفقةَ الزوجةِ لا تصيرُ ديناً على الزوجِ إلاّ بالقضاءِ أو الرضاء، فإذا مضت مدّةٌ قبل القضاءِ أو الرضاءِ سقطت عنه، وكذا نفقةُ الصغيرِ الفقير، وأمّا نفقةُ سائرِ الأقارب، فإنّها تسقط بالمضي، ولو بعد القضاءِ أو الرضاء، إلا إذا كانت مستدانةً بأمرِ قاض، فلا تسقطُ بالمضي. كذا في «رد المحتار»(٤)، وغيره.

[٤]قوله: **لا في دينه**؛ أي لا يحبسُ القاضي الأبَ في دينِ ولده، وكذا لا يحبسُ

---

(١) «الشرنبلالية»(٢: ٤٠٧).

(٢) «رد المحتار»(٤: ٣١٦).

(٣) «الفتاوى البزازية»(٥: ١٩٣). وينظر: «البحر الرائق»(٦: ٣٠٩).

(٤) «رد المحتار»(٤: ٣١٨).

وفي غيرِها لا ، إن ادَّعى فَقْرَهُ إلاَّ إذا قامتْ بيِّنةٌ بضدِّه.

أي لا يحبس في دينِ الولد(١) ، (**وفي غيرِها لا**[١]) ، نحو: الدِّياتِ وأرشِ الجناياتِ[٢]، (**إن ادَّعى**[٣] **فَقْرَهُ إلاَّ إذا قامتْ بيِّنةٌ بضدِّه**).

كلُّ أصلٍ وإن علا في دينِ فرعه ؛ لأنّه لا يستحقُّ العقوبةَ بسبب ولده ؛ ولذا لا قصاصَ عليه بقتله ، ولا يقتلُ مورثه ، ولا يحدُّ بقذفه ، ولا يقذف أمَّه الميّتة بطلبه ، وقولهم هاهنا : إنّه لا قصاصَ بقتله ، يقتضي أنّ المرادَ الأصل أباً وأمّاً ، وجدّ الأبِ والأمّ ؛ لتصريحهم في «بابِ الجنايات» : إنَّ الجدَّ لأمّ لا قصاصَ عليه بقتلِ ولد بنته ، فكذا لا يحبسُ بدينه.

وفي «المحيط» : لا يحبسُ الأبوان والجدّان والجدّتان إلاَّ في النفقة لولدهما. انتهى. وظاهر إطلاقهم أنّه لا فرقَ بين الموسرِ والمعسر ، ولكن ينبغي أن يتنبَّه لشيء وهو أنّه إذا كان موسراً وامتنعَ من قضاءِ دينِ ولده فالقاضي يقضي دينَه من ماله ، إن كان من جنسه ، وإلاَّ باعه للقضاء كبيعِه مال المحبوس الممتنع عن قضاءِ دينه ، والصحيحُ عندهما يبيعُ عقاره كمنقوله. كذا في «البحر»(٢).

[١]قوله : **وفي غيرها لا** ؛ أي في غير هذه الأشياءِ المذكورةِ لا يحبس ؛ لأنَّ الآدميَّ يولدُ فقيراً لا مال له ، والمدَّعي يدَّعي أمراً عارضاً فكان القولُ لصاحبِهِ مع يمينه ، ما لم يكذّبه الظاهر ، إلاَّ أن يثبتَ المدَّعي بالبيِّنة أنّ له مالاً بخلاف ما تقدّم ؛ لأنَّ الظاهر يكذّبه كما لا يخفى.

[٢]قوله : **وأرش الجنايات** ؛ وبدل المغصوب إذا ثبت استهلاكه للمغصوب ، ولزمه بدله من القيمة أو المثل ، وبدل ما أتلفه من أمانةٍ ونحوها ، وبدلُ الصلحِ عن دمِ عمد ، والمهر المؤجَّل ، ونحو ذلك.

[٣]قوله : **إن ادّعى** ؛ الخصم فقرَه فلا يحبسُ في هذه الصورة ؛ لأنَّ الأصلَ في الآدمي هو العسرة ، والمدَّعي يدَّعي أمراً عارضاً ، وهو الغناء ، فلم يقبل منه إلاَّ إذا قامت من جانبِ المدَّعي بيّنةٌ بضدّه ، أي بضدّ الفقرِ وهو القدرةُ على الوفاء ، ولو

---

(١) أي لا يحبس في دين عليه لولده ؛ لأن الحبس عقوبة فلا يقع من الولد على والده إكراماً له ، وكذا الوالدة والجد والجدة. ينظر : «فتح باب العناية»(٣ : ١١٦).

(٢) «البحر الرائق»(٦ : ٣١٥).

فصل في كتاب القاضي إلى القاضي

فإن شَهدوا على خصمٍ حاضرٍ حكمَ بها

فصل في كتاب القاضي إلى القاضي

ثُمَّ شَرَعَ بعد ذلك فيما يفعلُهُ القاضي إذا كان الخصمُ حاضراً، أو لم يكنْ، فقال: (**فإن شَهدوا على خصمٍ حاضرٍ حكمَ بها**[1]

باقتراض، قال في «البَزَّازيّة»(١): لو وجدَ المديون مَن يقرضه فلم يفعلْ فهو ظالم.

وفي (كراهية) «القُنْية»: لو كان للمديون حرفةٌ تفضي إلى قضاءِ دينِهِ فامتنعَ منها لا يعذر. انتهى. أو يتقاضى غريمه بأن كان له مالٌ على غريم موسر. كما صرَّح به في «البَزَّازيّة»(٢)، وإنّما قال بضدّه ولم يقل بغنائه؛ لأنّ المتبادرَ من الغناءِ هو ملك النصاب، ويحبس في ما دونه. كما صرَّح به في «الفتح»(٣)، وغيره.

[1]قوله: حكم بها؛ قال مشايخُنا ﷺ: ينبغي للقاضي إذا أراد الحكمَ أن يقول للخصمين: احكمُ بينكُما، وهذا على وجهِ الاحتياط، حتى أنّه إذا كان في التقليدِ خلل يصير حكماً بتحكيمهما.

وإذا قال القاضي: ثبتَ عندي أن لهذا على هذا كذا، هل يكون هذا حكماً عن القاضي؟

١. كان القاضي الإمامُ أبو عاصم العامريّ ﷺ يفتي بأنّه حكم، وهو اختيارُ شمس الأئمّة الحَلْوَانيّ ﷺ، واختيارُ الصدر الشهيد ﷺ، وفي «الخانية»: وعليه الفتوى.

٢. وكان القاضي شمسُ الإسلام محمود الأُوزجَنْدِيّ يقول: لا بُدَّ أن يقول القاضي: قضيت، أو يقول: حكمت، أو أنفذت عليك القضاء، وهكذا ذكره النَّاطفيُّ في «واقعاته».

والصحيحُ أنّ قوله: حكمتُ وقضيتُ ليس بشرط، وأنّ قوله: ثبت عندي يكفي، وكذلك إذا قال: ظهر عندي، أو قال: علمت، فهذا كلُّه حكمٌ. هذا ملتقطُ ما في «الفتاوى العالمكيرية»(٤).

---

(١) «الفتاوى البزازية»(٥: ١٩٢).

(٢) «الفتاوى البزازية»(٥: ١٩٣ - ١٩٤).

(٣) «فتح القدير»(٦: ٣٧٦).

(٤) «الفتاوى الهندية»(٣: ٣٣٢).

وكتبَ به، وهو السجل، وإن شهدوا على غائبٍ لم يحكمْ

وكتبَ[١] به، وهو السجل[٢]): أي حكمَ بالشَّهادة، وكتبَ بالحكم، وهذا المكتوبُ هو السِّجل، فيكتبُ حكمتُ بذلك، أو ثَبَتَ عندي، فإن هذا حكمٌ.

(وإن شهدوا على غائبٍ[٣] لم يحكم[٤])

[١]قوله: وكتب؛ القاضي به؛ أي ما يحكم؛ لئلا ينسى الواقعة على طول الزمان، وليكون الكاتبُ ذاكراً لها وإلاَّ فلا يحتاج إلى كتابة الحكم؛ لأنّه قد تمَّ بحضورِ الخصم بنفسه، أو من يقومُ مقامه.

وهذه الكتابةُ ليست بواجبةٍ على القاضي، وإنّما الواجبُ عليه مباشرةُ القضاء، وهذه الصحيفةُ التي يكتبُ عليها يكلَّفُ الطالب ليأتيَ بها؛ لأنَّ منفعةَ ذلك له، ولو أمر القاضي بها من مال بيت المال، إن كان فيه سعة فلا بأس به. كما هو مصرّح.

[٢]قوله: وهو السجلّ؛ الحكمي؛ لأنّه سجَّلَه: أي أحكمه، وتحقيقُ السِّجلّ مرَّ سابقاً، قال في «البحر»(١): السجلُّ: الحجَّةُ التي فيها حكمُ القاضي، ولكن هذا في عرفِهم، وفي عرفنا: السجلُّ كتابٌ كبيرٌ يضبطُ فيه وقائع الناس، وما يحكم القاضي، وما يكتب عليه.

[٣]قوله: على غائب؛ كان في محلّة أخرى، أو قرية، أو بلدة، ويشترطُ في ظاهر الرواية مسيرةُ السفر، وعن أبي يوسفَ ﷺ: يجوز فيما لا يرجعُ في يومه، وفي «السِّراجيّة»: وعليه الفتوى.

[٤]قوله: لم يحكم؛ وإن الحكم على الغائبِ لا يجوز؛ لِمَا عرفَ في موضعِه، ولو حكمَ به حاكم يرى ذلك، ثمَّ نقل إليه نفَّذَه بخلاف الكتاب الحكميّ حيث لا ينفذُ خلافَ مذهبه؛ لأنَّ الأوّل محكومٌ به فلزمَه، والثاني ابتداءُ حكم، فلا يجوز له، ذكره العلامةُ الزَّيْلَعِيُّ في «شرح الكنز»(٢).

وقال في «البحر»(٣): هذا يدلُّ على أنَّ الحاكمَ على الغائبِ إذا كان حنفيّاً، فإنّ

---

(١) «البحر الرائق»(٧: ٢).

(٢) «تبيين الحقائق»(٤: ١٨٤).

(٣) «البحر الرائق»(٧: ٣).

وكتبَ بالشَّهادةِ ليحكُمَ المكتوبُ إليه بها، وهو الكتابُ الحُكْمِيّ، وكتابُ القاضي إلى القاضي، وهو نقلُ الشَّهادةِ حقيقةً، ويقبلُ فيما لا يسقطُ بشبهة

وكتبَ[1] بالشَّهادةِ ليحكُمَ المكتوبُ إليه بها، وهو الكتابُ الحُكْمِيّ، وكتابُ القاضي إلى القاضي، وهو[2] نقلُ الشَّهادةِ حقيقةً، ويقبلُ فيما لا يسقطُ بشبهة

حكمَه لا ينفذُ لقوله: يرى ذلك، وهو مقيَّدٌ؛ لأنَّ معنى قولهم: إن القضاءَ على الغائبِ ينفذُ في أظهرِ الروايتين؛ إذا كان القاضي شافعيًّا. انتهى.

[1]قوله: وكتب؛ القاضي بالشهادة إلى قاضٍ يكون الخصمُ في ولايتِه؛ ليحكمَ القاضي المكتوبُ إليه على وجهِ الخصم؛ لئلا يكون قضاءً على الغائبِ بها؛ أي بهذه الشهادة قضاءً على الغائب بها: أي بهذه الشهادةِ على رأيه، وإن كان مخالفاً لرأي القاضي الكاتبِ بخلافِ السِّجِلّ، فإنّه ليس له أن يخالفَه، وينقضُ حكمه؛ لأنَّ السجلَ محكوم به دون الكتاب؛ ولذا له أن لا يقبلَ الكتابَ دون السِّجِل. كذا في «البحر»(1) نقلاً عن «منية المفتي».

[2]قوله: وهو؛ أي ما كتبَ القاضي فيه الشهادة؛ ليحكمَ المكتوبُ إليه بها الكتاب الحكميّ المنسوبُ إلى الحكم باعتبارِ ما يؤول إليه، أو كتاب القاضي إلى القاضي.

ووجه التسميةِ به ظاهر، وهو نقل الشهادةِ حقيقةً؛ لأنَّ الكاتبَ لم يحكم بها، وإنّما نقلها للمكتوب إليه ليحكُمَ بها؛ ولهذا يحكمُ المكتوبُ إليه برأيه، وإن خالفَ رأيُه رأيَ الكاتب بخلاف السِّجِلّ كما مرّ آنفاً.

ويشترط في الكتابِ على أن يكون من معلومٍ إلى معلومٍ، في مدَّعى به معلومٍ، لمدّعٍ معلومٍ على مدّعى عليه معلوم، والقياسُ يأبى جواز العمل بكتاب القاضي إلى القاضي؛ لأن القاضي الكاتبَ لو حضرَ بنفسه مجلس المكتوب إليه وخبَّرَه بلسانِه عمّا في الكتابِ لا يعملُ به القاضي، فكيف بالكتاب.

وفيه شبهةُ التزوير، إذ الخط يشبه الخط، والخاتمُ يشبه الخاتم، إلاَّ أنّه جوّزَ استحساناً؛ لحاجةِ النَّاسِ إليه، فإنّ المدّعي قد يتعذَّر عليه الجمعُ بين شهودِه وخصمِه، فأشبهَ الشهادةَ على الشهادة، فكما جُوِّزَ الشهادةَ على الشهادة؛ لإحياءِ حقوقِ العبادِ

(1) «البحر الرائق»(7: 3).

إذا شُهِدَ به عنده كالدَّين، والعقار، والنِّكاح، والنَّسب، والمغصوب، والأمانة والمضاربةِ المجحودتين

أي ما سوى الحدودِ والقصاص[1]، (**إذا شُهِدَ به عنده كالدَّين**[2]، **والعقار، والنِّكاح، والنَّسب، والمغصوب، والأمانة والمضاربةِ المجحودتين**)، فإنَّ الأمانةَ، ومالَ المضاربةِ إذا لم يُجحدا لا يُحتاجُ إلى كتابِ القاضي، وإذا جُحِدا صارا مغصوبين، وفي المغصوبِ تجب القيمةُ، وهي دينٌ، فيجري فيه الكتابُ الحكمي، إذ لا احتياجَ إلى الإشارةِ

كذلك، جُوِّزَ الكتاب لذلك.

فإن قلت: لا حاجة إليه إذ يستغنى عنه بالشهادة على الشهادة.

قلت: القاضي يحتاجُ في الشهادةِ على الشهادة إلى تعديل الأصول، وقد يتعذَّرُ ذلك في تلك البلدة، فتقعُ الحاجةُ إلى نقلِ شهادتهم بالكتاب، وأيضاً قد يتعسَّرُ نقلُ الشهادةِ إذ أكثرُ الناسِ لا يحسن ذلك، بخلافِ كتابِ القاضي فإنّه تُعَدَّلُ فيه الشهود، ولا يحتاجُ فيه إلى نقل الشهادة، ورُوِيَ أنَّ علياً ﷺ جوَّزَه لذلك، وعليه أجمع الفقهاء.

[1]قوله: **أي ما سوى الحدود والقصاص**؛ لأنَّ مبناهما على الإسقاط بأدنى شبهة، وفي قبوله سعيٌ في إثباتهما.

[2]قوله: **كالدَّين**؛ فإنّه يعرفُ بالقدرِ والوصف، ولا يحتاجُ فيه إلى الإشارة.

والعقارُ: فإنّه أيضاً يعرفُ بالتحديد.

والنكاحُ: سواءٌ ادّعى الزوجُ أو الزوجة. وكذلك الطلاق. فإن اختلجَ في قلبك أنّ الإشارةَ في بابِ النكاحِ شرط، وكتابُ القاضي إلى القاضي فيما يحتاجُ إلى الإشارةِ غير جائز، فكيف يدخلُ النِّكاحُ تحت هذا الحكم، فأزحه بأنّ المدَّعى به نفسُ النكاح، وهو لا يحتاجُ إلى الإشارة، والإشارةُ إلى الخصمِ شرط، وهو الزوجُ أو الزوجة، وهو ليس بمدّعى به، فصار النكاحُ نظيرَ الدَّينِ في الذمّة، والإشارةُ إلى الغريم شرط، ومع هذا جازَ كتاب القاضي فيه، فكذا هاهنا.

والنسب: سواءً كان من قبلِ الحيِّ أو الميّت؛ لأنّه يعرفُ بذكرِ الأب والجدّ.

والمغصوب: إذ فيه يلزمُ القيمة، وهي دين.

بل يعرفُ بالصّفةِ بخلافِ العينِ المنقولة[١]، فإنَّهُ يَحْتاجُ فيها إلى الإشارة، وهذا عند أبي حنيفةَ ﷺ، وكذا عند أبي يوسفَ ﷺ إلاَّ في العبدِ الآبقِ فيقبلُ فيه.

وقد ذَكَرَ في كيفيّتِهِ هكذا: يكتبُ قاضي بُخارا[٢] إلى قاضي سَمَرْقَنْدَ: إنّ فلاناً وفلاناً شهدا عندي أن عبدَ فلانٍ المسمَّى بالمباركِ الذي حليتُهُ كذا وكذا، أَبِقَ من مالكِهِ ووقعَ بسَمَرْقَنْدَ في يدِ فلان إلى آخر الكتاب

والأمانةُ والمضاربةُ المجحودتين؛ لأنّهما كالمغصوبِ حكماً، قيّدهما بالمجحودتين لتكونا بمنْزلةِ الدّين، إذ لو لم تكن الأمانةُ أو المضاربةُ مجحودةً لكانت من جملةِ الأعيان المنقولة، فلا يقبلُ كتاب القاضي فيها، وكذا الشفعةُ والوكالةُ والوصيةُ والوفاةَ والوراثة، والقتلُ الذي يوجب المال؛ لأنَّ البعض منها يعرفُ بالقدرِ والوصف، والبعض الآخر يعرفُ بأحدهما.

[١]قوله: **بخلاف العين المنقولة**؛ كالثوبِ والعبدِ والأمة ونحوها، فإنّ فيها لا يقبلُ كتابُ القاضي إلى القاضي؛ فإنّه يحتاجُ فيها إلى الإشارةِ عند الدّعوى والشهادة، وفيما يحتاجُ فيه إلى الإشارةِ لا يقبل.

وهذا أي عدمُ القبولِ عند أبي حنيفة ﷺ، وهو ظاهرُ الرواية، وكذا لا يقبلُ فيها عند أبي يوسفَ ﷺ إلاَّ في العبدِ الآبق، فيقبل فيه؛ لأنَّ الإباقَ يغلبُ فيه لا في الأمة، فإنّ العبدَ يخدم خارجَ البيت غالباً، فيقدرُ على الإباق، فيحسن الحاجةُ إلى الكتاب، بخلافِ الأمّة، فإنّها داخل البيتِ غالباً، وعنه أيضاً: أن يقبلَ في الأمةِ كالعبد. كما ذكروا.

[٢]قوله: **يكتب قاضي بخارا**...الخ؛ العلومُ الخمسةُ شرطُ جواز كتاب القاضي إلى القاضي، وهو أن يكون الكتاب:

١. من معلوم: وهو القاضي الكاتب.
٢. إلى معلوم: وهو القاضي المكتوب إليه.
٣. في معلوم: وهو المدَّعى به.
٤. لمعلوم: وهو المدّعي.
٥. على معلوم: وهو المدّعى عليه.

....

....

والقاضي الكاتبُ إنّما يكون إعلامُهُ بكتابةِ اسمِ القاضي واسمُ أبيه وجدّه أو قبيلته، وإذا لم يذكرْ اسمَ أبيه وجدّه لا يحصلُ التعريفُ بالاتّفاق، وإن ذكرَ اسمَ أبيه ولم يذكر اسمَ جدّه أو قبيلته، فعند أبي حنيفة ﷺ لا يحصلُ التعريف.

وإن كان مشهوراً اكتفى بالاسم الذي كان مشهوراً به، وكذلك إذا كتبَ من أبي فلان، إذا كان مشهوراً بتلك الكنية كأبي حنيفة ﷺ، وكذلك إذا كتب من ابن فلان، وهو مشهور [به] كابن أبي ليلى ﷺ يكتفي به.

ولا يقبلُ شهادةُ الشهودِ على اسمِ القاضي ونسبِه ما لم يكن مكتوباً في الكتاب، وكذلك إعلامُ القاضي المكتوبُ إليه شرط، وإنّما يصيرُ معلوماً بما يوجب تعريفه من ذكر الاسم والنسب، ولا يكتفى بالشهادة على الاسم والنسب إذا لم يكن مكتوباً، وكذلك إعلام المدَّعى عليه شرط.

ثمّ عند أبي حنيفةَ ﷺ لا يحصلُ التعريفُ بذكر اسمِهِ وأبيه، بل يشترطُ مع ذلك ذكر الجد، وعند أبي يوسف ﷺ ذكرُ الجدّ ليس بشرط، وقول محمّد ﷺ مضطرب، وإن لم يذكر اسمَ الجدِّ ونسبه إلى القبيلة، فإن كان أدنى القبائل وإلا فجازَ الذي يعرف بذلك، فقد كفى بلا خلاف.

ويقومُ مقام اسم الجدّ؛ لحصولِ الإعلام به، فإنّه قلّما يتّفقان في أدنى الأفخاذ في اسمهما واسمِ أبيها، وإن نسبَه إلى أعلى الأفخاذِ والقبائلِ بأن كان تميميّ، أو ما أشبه ذلك لا يكتفي به، وإن نسبه إلى بلدةٍ ولم ينسبه إلى جدّه، ولا إلى قبيلة، فقال: كوفيّ أو مصريّ فكذلك لا يكفي له.

وإن نسبَه إلى حرفته وصناعتِه ولم ينسبْه إلى القبيلةِ والجدّ لا يكفي عند أبي حنيفة ﷺ، وعندهما: إذا كانت صناعةً يعرفُ بها لا محالة يكفي.

ومن الشرائطِ عند أبي حنيفةَ ومحمّد ﷺ أن يكون الكتاب معنوناً، بأن يكتب: هذا الكتاب من فلان بن فلان القاضي، إلى فلان بن فلان القاضي، حتى أنّه إذا لم يكتب فيه ذلك وإنّما كتب فيه عافانا الله وإياك، فالقاضي المكتوبُ إليه لا يقبله، وعند أبي يوسفَ ﷺ العنوانُ ليس بشرط، إنّما الشرطُ أن يشهدَ الشهود أن هذا كتاب

....

....

القاضي فلان بن فلان إليك وختمه.

وإذا ثبتَ أنّ العنوانَ شرطٌ عندهما فنقول: إن كان العنوان في الباطن وعلى الظاهر، فالقاضي المكتوبُ إليه يعمل به، وإن كان العنوانُ في الباطن لا غير يعمل به، وإن كان على الظاهرِ لا غير فلا يعمل به، وبعض المتأخِّرين من مشايخنا اكتفوا بعنوانِ الظاهر. كذا في «المحيط».

ويكتب الأسماءُ والأنساب في العنوانين جميعاً، فإن تركَ ذلك في العنوانِ الباطنِ لا يصحّ، وصورةُ عنوانِ الباطن في زماننا أن يكتبَ قبل كتابة التسميةِ من جانب اليسار من فلان بن فلان بن فلان قاضي بلد كذا.

ثم يكتب توقيعَه قبيلَ كتابة التسمية، ويكتب في جانب اليمين فوق كتاب التسمية: بسم الله الملك الحقّ المبين ونحو ذلك، إلى القاضي الإمام فلان بن فلان قاضي بلد كذا، وإلى كلّ مَن يصلْ إليه كتابي هذا من قضاة المسلمين وحكّامهم أدام الله توفيقه وتوفيقهم.

فإن كتب: إلى قاضي بلد كذا، ولم يكن في البلدةِ إلا قاضٍ واحد، قال الشيخ الإمامُ عليُّ بنُ محمّد البَزْدَوِيُّ يصحّ ذلك، وإن كان في البلدةِ قاضيان لم يصحّ، ثمَّ يكتبُ على ظهرِ الكتاب من قبيل اليسارِ على الصدرِ من فلان بن فلان بن فلان قاضي بلدة كذا ونواحيها، ويكتب على الظهر من قِبل اليمين: بسم الله الملك الحقِّ المبين، إلى قاضي بلدة كذا فلان بن فلان بن فلان وإلى كلّ مَن يصل إليه من قضاةِ المسلمين، أدام الله توفيقه وتوفيقهم.

وإذا كتب فيه دعوى المدَّعي وشهادة الشهودِ وأنسابهم على الحق، يكتب في آخر الكتاب: ويقول القاضي فلان بن فلان قاضي بلدة كذا: أكتب هذا الكتاب عني بأمري إن كان كتب الكتاب غيره، وجرى الأمر على ما بيِّن فيه، وعندي وهو كما كتب فيه، وهو معنونٌ بعنوانين: عنوان على الظاهر، وعنوان في باطنه، وهو مختومٌ بخاتمي، ونقشُ خاتمي كذا، وهو مكتوبٌ على ثلاثةِ أنصاف من الكاغذ وهو موقّع بتوقيعي، وتوقيعي هكذا على صدره.

....

ويختمُه[١]، فإذا وصلَ إلى قاضي سَمَرْقَنْدَ يُحْضِرُ الخصمَ[٢] مع العبد، ويفتَحُهُ بشرائطِه

وأشهدت عليه شهوداً وهم فلان بن فلان بن فلان، وفلان بن فلان بن فلان يذكرُ أسمائهم وأنسابهم وحلاهم، وقرأتُ الكتاب عليهم، وأعلمتهم بما فيه، وختمتُ الكتاب بمحضرٍ منهم، وأشهدتهم على جميع ذلك، وكتبت هذه الأسطر، وهي كذا خطاً بخطّي، في تاريخ كذا، ولا يكتبُ في آخر الكتابِ إن شاء الله تعالى.

وينبغي أن يكتبَ الكتاب بنسختين، نسخةً في يدِ المدَّعي مختوماً بتلك النسخة من غيرِ زيادةٍ ولا نقصان، ونسخة في يدِ الشهود؛ لأنَّ الشهادةَ بما في الكتاب شرطٌ عند أبي حنيفة ومحمّد ﷺ، هذا ما التقطته من «الفتاوى العالمكيرية»(١)، و«فتاوى قاضي خان»(٢)، و«الفتاوى السراجية» وغيرها بقدرِ ضرورةٍ وزيادةِ التفصيل فيها تركناها؛ لغرابة المقام، وطوالة الكلام.

[١]قوله: ويختمه؛ ولو انكسر ختم القاضي قبل الوصول فإن المطلوبَ إليه يقبل الكتاب؛ لأنه لو لم يقبلْ يحتاج إلى الكتاب مرّة أخرى، وربّما ينكسرُ الثاني والثالث.

وعن أبي حنيفة ﷺ: إن كان أثرُ الختمِ باقياً، أو شيء عن المنكسرِ يقبل، وإلا فلا.

وعن أبي يوسفَ ﷺ: إن كان الكتابُ منشوراً يقبل، فهاهنا أولى، ذكره القاضي خان في «فتاواه».

[٢]قوله: يحضر الخصم؛ أي إذا انتهى الكتابُ إلى المكتوب إليه ينبغي للمكتوبِ إليه أن يجمعَ بين الذي جاء بالكتاب وبين خصمِهِ بطلبه، ولا ينبغي له أن يقبلَ البيِّنة على أنّه كتاب القاضي إلا ومعه خصمه، ثمَّ إذا جمع بينهما، فالمدَّعي يدّعي حقّه عليه.

فيسأل القاضي المدَّعى عليه على دعواه، فإن أقرّ به ألزمه القاضي ذلك بإقراره، ووقعَ الاستغناءُ عن الكتاب، وإن جحدَ دعواه حتى احتاجَ المدَّعي إلى إقامةِ الحجَّةِ يعرضُ الكتابَ على القاضي، فإذا عرضَ فالقاضي يقول: ما هذا؟ فيقول: كتابُ

(١) «الفتاوى الهندية»(٣: ٣٨٦).

(٢) «الفتاوى الخانية»(٢: ٤٥٧).

....

فإن لم يكن[1] حليتُهُ كما كَتَبَ يَتْرُكُهُ، وإن كانَ فالخصمُ إن ذَهَبَ مع العبدِ إلى بُخارا فبها، وإلا فيُسَلِّمُ العبدَ إلى المدَّعي لا على وجهِ القضاء، ويأخذُ منه كفيلاً بنفسِ العبد، ويَجْعَلُ في عنقِهِ شيئاً، ويختِمُهُ صيانةً عن التَّبديلِ عند شهادةِ الشُّهود، ويكتبُ إلى قاضي بُخارا جوابَ كتابِهِ، وأنَّه أرسلَ إليه العبد.

فإذا وصلَ إليه الكتابُ يُحْضِرُ الشُّهودَ الذين شهدوا في غيبةِ العبد؛ ليشهدوا في حضورِه، ويشيروا إليه أنَّهُ ملكُ المدَّعي، لكن لا يحكم؛ لأنَّ الخصمَ غائب، ثُمَّ يَكْتُبُ إلى قاضي سَمَرْقَنْدَ أن الشُّهُودَ شهدوا بحضورِه؛ ليحكمَ قاضي سَمَرْقَنْدَ على الخصم، ويبرأُ الكفيلُ عن كفالتِه.

القاضي فلان، فيقول له القاضي: هاتِ البيِّنةَ على أنّ هذا كتاب ذلك القاضي، فلو قبلَ القاضي من غيرِ حضرةِ خصمِه جاز.

ولو سمعَ البيِّنةَ على أن هذا كتابُ القاضي من غيرِ حضرةِ خصمِهِ لا يجوز، فحضرةُ الخصمِ شرطُ قبولِ البيِّنة على الكتاب، لا شرطُ قبولِ الكتاب، وهو قول محمّد ﷺ في الشروط: وإن قبل ذلك وليس معه خصمٌ جاز، أراد به قبولُ الكتاب لا قبولُ البيِّنة، فإذا شهد الشهود أنّه كتاب القاضي فلان بن فلان إليك، وهو مختومٌ بخاتمه.

فحينئذٍ يقبلُ الكتاب، ويقول: هل قرأ عليكم؟ وهل ختم بحضرتكم؟ فإن قالوا: لا، أو قرأ علينا ولم يختمْ بحضرتنا، أو بالعكس، لا يأخذ الكتاب، وإن قالوا: نعم؛ قرأ علينا، وختمَ بحضرتنا، وأشهدنا، يفتح الكتاب. كذا في «فتاوى الهندية»(1).

[1]قوله: فإن لم يكن... الخ، يعني أن القاضي إذا نسخَ الكتاب فلا يخلو:

١. إمّا أن يجدَ حليةَ العبدِ المذكورِ مخالفةً لما شهدَ به الشهود عند القاضي الكاتب، فإذا ظهر أنَّ العبد المشهود به في الكتابِ ردَّ هذا الكتاب.

٢. أو يجد حليته موافقةً لما في هذا الكتاب، فالخصم إن ذهب إلى البخارا فيها، وإلا دفعَ العبدَ إلى المدَّعي من غير أن يقضيَ له بالعبد، ويأخذُ كفيلاً بنفس العبد، وجعل في عنقِ العبدِ خاتماً من رصاص، حتى لا يتعرَّضَ له أحد في الطريقِ أنّه سرق.

(1) «الفتاوى الهندية»(٣: ٣٨٧).

وعن محمدٍ ﷺ قبولُهُ فيما يُنْقَلُ وعليه المتأخِّرونَ لا في حدٍّ وقَوَدٍ.

(وعن محمدٍ ﷺ قبولُهُ فيما يُنْقَلُ وعليه المتأخِّرونَ[١] لا في حدٍّ وقَوَدٍ[٢]).

ويكتب كتاباً إلى قاضي بُخارا بذلك، ويشهد شاهدين على كتابِهِ وختمه، وعلى ما في الكتاب، فإذا وصل الكتابُ إلى قاضي بُخارا، وشهدَ الشهودُ أنّ هذا كتاب قاضي سَمَرْقَنْد وخاتَمه، أمرَ المدَّعي أن يحضرَ الشهودَ الذين شهدوا عنده أوّل مرّة هذا، فيشهدون بحضرةِ العبدِ أنّه ملكُ هذا المدعى، فإذا شهدوا بذلك ماذا يصنعُ قاضي بُخارا؟

اختلفَ الروايات عن أبي يوسف ﷺ: ذكرَ في بعض الروايات أنَّ قاضي بُخارا لا يقضي للمدَّعي بالعبد، ولكن يكتب كتاباً آخر إلى قاضي سَمَرْقَنْد، ويكتبُ فيه ما جرى عنده، ويشهدُ شاهدين على كتابِهِ وختمه وما فيه، ويبعث بالعبدِ معه بسَمَرْقَنْد، وشهدَ الشاهدان عنده بالكتاب والختم، وبما في الكتاب، وظهرت عدالةُ الشاهدين قضى للمدَّعي بالعبدِ بحضرةِ المدَّعى عليه، وأبرأ كفيل المدَّعي.

وفي رواية: أن قاضي بُخارا يقضي بالعبد للمدّعي، ويكتب إلى قاضي سَمَرْقَنْد حتى يبرأ كفيلُ المدّعي.

وعلى الرواية التي جوَّز أبو يوسفَ ﷺ كتابَ القاضي في الإماء، وصورتُهُ: ما ذكرنا في العبد غيرَ أنّ المدَّعى إذا لم يكن ثقةً مأموناً، فالقاضي المكتوب إليه لا يدفعُها إليه، ولكن يأمرُ المدَّعي حتى يجيء برجلٍ ثقةٍ مأمونٍ في دينِهِ وعقلِهِ يبعثُ بها معه؛ لأنَّ الاحتياطَ في باب الفروج واجب، كذا في «المحيط» وغيره من المعتبرات.

[١]قوله: **وعليه المتأخّرون**؛ وعليه الفتوى. كذا في «المنح»[١]، وفي «البَزَّازيّة»: والمتقدِّمون لم يأخذوا بقول الإمام الثاني، وعمل الفقهاء اليوم على التجويزِ في الكلّ؛ للحاجة. انتهى. وقال الإِسْبِيجَابيّ ﷺ: وعليه الفتوى.

[٢]قوله: **لا في حدٍّ وقود**؛ أي لا يقبل فيهما لما مرَّ من أنَّ مبناهما على الإسقاطِ بأدنى شبهة، وفي قبولِهِ سعي في إثباتهما.

---

(١) «منح الغفار»(ق١٠٦/ب).

ويَجِبُ أن يقرأ على مَن يُشْهِدُهم، ويختمُ عندهم، ويُسَلِّمَ إليهم، وأبو يوسف ﷺ لم يشترطْ شيئاً من ذلك، واختارَ الإمامُ السَّرَخْسِيُّ ﷺ قولَهُ

ويَجِبُ[١] **أن يقرأ على مَن يُشْهِدُهم، ويختمُ عندهم، ويُسَلِّمَ إليهم، وأبو يوسف ﷺ لم يشترطْ شيئاً من ذلك**[٢]**، واختارَ الإمامُ السَّرَخْسِيُّ ﷺ قولَهُ)**(١)، فعند أبي يوسفَ ﷺ يُشْهِدُهم أن هذا كتابُهُ وختمُهُ ...، وعن أبي يوسفَ[٣] ﷺ الختمُ ليس بشرطٍ.

[١]قوله: **ويجب**؛ على القاضي الكاتب أن يقرأ كتابه الذي كتبه إلى قاضي آخر، على مَن يشهدهم ليعرفوا ما فيه، أو يعلمهم بما فيه بإخباره؛ لأنّه لا شهادة بلا علم المشهود به، كما لو شهدوا بأنَّ هذا الصكّ مكتوبٌ على فلانٍ لا يفيدُ ما لم يشهدوا بما تضمَّنه من الدينِ أو غيره، ويختم عندهم على الكتابِ بعد طيّه؛ كيلا يتوهَّم التغير.

وإنّما قال: عندهم؛ لأنه لا بُدَّ أن يشهدوا عنده أنَّ الخصمَ بحضرتهم، ويُسَلِّمَ القاضي ذلك الكتاب إليهم؛ أي إلى هؤلاءِ الشهودِ في مجلسٍ يصحُّ حكمُهُ فيه، فلو سلَّمَ في غير ذلك المجلسِ لم يصحّ، ذكرَه القُهُسْتَانِيّ ﷺ ناقلاً عن الكِرْمَانِيّ ﷺ.

وقال في «النهاية»: عملُ القضاةِ اليومَ أنّهم يُسلّمونَ المكتوبَ إلى المدّعي، وهو قول أبي يوسفَ ﷺ، وهو اختيار الفتوى على قول شمسِ الأئمّة ﷺ، وعلى قول أبي حنيفةَ ﷺ يسلّمُ المكتوبَ إلى الشهود. انتهى.

[٢]قوله: **لم يشترط شيئاً من ذلك**؛ المذكور سوى إشهادهم أنّ كتابَه لّما ابتلي بالقضاء، وهو قول أبي يوسفَ ﷺ آخراً.

[٣]قوله: **وعن أبي يوسفَ ﷺ**؛ قال في «الفتح»(٢): لا شكَّ عندي في صحَّته، فإنَّ الفرضَ عدالةُ حملةِ الكتاب، فلا يضرُّ عدمُ ختمِهِ مع شهادتِهم أنّه كتابه، نعم إذا كان الكتابُ مع المدّعي ينبغي اشتراطُ الختم؛ لاحتمال التغيير، إلا أن يشهدوا بما فيه حفظاً. انتهى.

---

(١) أي قول أبي يوسف من عدم اشتراط شيء سوى إشهادهم أنه كتابه لّما ابتلي بالقضاء، وعليه الفتوى. ينظر: «الدر المنتقى»(٢: ١٦٦).

(٢) «فتح القدير»(٦: ٣٨٧).

وإذا سَلَّمَ إلى المكتوبِ إليه لم يقبلْهُ إلاَّ بحضرةِ خصمِهِ وبشهادةِ الرَّجلين، أو رجلٍ وامرأتين، فإذا شهدوا أنَّه كتابُ قاضي فلان

أقولُ: إذا كان الكتابُ في يدِ المدَّعي يُفْتَى بأنَّ الختمَ شرطٌ، وإن كانَ في يدِ الشُّهودِ يُفْتَى بأنَّه ليس بشرطٍ.

(**وإذا سَلَّمَ إلى المكتوبِ إليه لم يقبلْهُ**[1] **إلاَّ بحضرةِ خصمِهِ وبشهادةِ**[2] **الرَّجلين، أو رجلٍ وامرأتين، فإذا شهدوا**[3] **أنَّه كتابُ قاضي فلان**

ومرَّ أنَّه روي عن أبي يوسفَ ﷺ أنَّه قال: إن كان الكتابُ منشوراً يقبلُهُ القاضي فهاهنا أولى.

[1]قوله: **لم يقبله**...الخ؛ أي لا يأخذُ القاضي الكتابَ إلاَّ وقتَ حضورِ الخصم؛ لأنَّه لإلزامه، كما في «الاختيار»[1]، لكن في «الذخيرة»، وغيرها: إنَّ حضورَ الخصمِ شرطُ قَبُولِ البيِّنة على الكاتب، لا شرطُ قَبول الكتاب كما سبقت الإشارة إليه.

[2]قوله: **وبشهادة**...الخ؛ لأنَّ الكتابَ يشبه الكتاب، فلا يثبتُ إلاَّ بحجَّةٍ تامّة، وهي البيِّنة؛ وهذا لأنَّ كتاب القاضي ملزم، فلا بُدَّ للملزمِ من الحجَّة حتى يثبتَ بها كونه ملزماً.

بخلافِ ما إذا جاء من ملك أهل الحربِ في طلب الأمانِ فإنّه مقبولٌ بغير بيِّنة، حتى لو أمّنَه الإمامُ صحّ؛ لأنَّ هذا الكتابَ ليس بملزم، فإنَّ الإمامَ بالخيارِ إن شاء أعطاه الأمان، وإن شاء لم يعطه، فلا يشترط البيِّنة.

وبخلافِ رسولِ القاضي إلى المزكّي، ورسولِ المزكّي إلى القاضي؛ لأنَّ الإلزامَ على المدَّعى عليه بالشهادةِ لا بالتزكية، حتى لو قضى القاضي بالشهادةِ بدون التزكية صحَّ قضاؤه، فإنَّ التزكيةَ إنّما تكون لنوعِ رجحانِ الصدق. كذا في شروح «الهداية»[2].

واحتياجُ الشهادةِ إذا أنكر الخصمُ كونَه كتابُ القاضي، أمّا إذا أقرَّ فلا حاجةَ إلى الشهود. كذا «مجمع الأنهر»[3]، وغيره.

[3]قوله: **فإذا شهدوا**؛ ولا بُدَّ من إسلامِهم، ولو كان لذمّيٍّ على ذميٍّ؛ لأنّهم

(1) «الاختيار»(2: 344).

(2) «العناية» و«الكفاية»(6: 388).

(3) «مجمع الأنهر»(2: 167).

قرأَهُ علينا في محكمتِهِ وختمَهُ وسلمَّهُ إلينا، فتح القاضي وقرأ على الخصمِ وألزمَهُ ما فيه إن بقي كاتبُهُ قاضياً، فيبطلُ بموتِهِ

قرأَهُ علينا في محكمتِهِ وختمَهُ وسلمَّهُ إلينا[١]، فتح القاضي وقرأ على الخصمِ وألزمَهُ ما فيه[٢] إن بقي كاتبُهُ قاضياً، فيبطلُ[٣] بموتِهِ

يشهدونَ على فعلِ المسلم، وهو أنَّ القاضي كتبَ الكتاب، وختمَه وقرأه عليهم، وسلَّمه إليهم ولم يشترطْ في الكتابِ ظهورُ العدالةِ للفتح.

والصحيحُ أنّه يفضُّ الكتابُ بعد ثبوت العدالة، كذا ذكرَهُ الخصّاف ؒ؛ لأنَّ العدالة متى لم تظهرْ يحتاجُ إلى أن يزيدَ في شهوده؛ لعدمِ ظهور عدالة هؤلاء، وإنّما يمكنهم أداءُ الشهادةِ بعد قيامِ الختم، فيشهدون أنّ هذا كتابُ فلانٍ القاضي وختمه، وأمّا إذا فكَّ الخاتمَ فلا يقدرونَ على ذلك.

[١]قوله: وسلَّمه إلينا؛ هذا شرطٌ للحكمِ به، حتى إذا قالوا: لم يسلّمه إلينا، أو لم يقرأه علينا، أو لم يختمْه بحضرتنا لم يعمل به. كذا في «التبيين»(١).

[٢]قوله: وألزمه ما فيه؛ يعني إذا ثبت عدالتُهم عنده بأن كان يعرفهم بالعدالة، أو وجدَ في الكتابِ عدالتَهم، أو كان القاضي الكاتبُ قد كتب عدالتهم، أو سأل مَن يعرفهم من الثّقات، فزكّوا، أمّا قبل ظهورِ عدالتهم فلا يحكمُ به، ولا يلزمُ الخصم؛ لأنّه لا يكونُ حجَّةً إلاّ بعد ظهورِ عدالتهم. صرَّح به الزَّيْلَعِيُّ في «شرح الكنز»(٢).

[٣]قوله: فيبطل...الخ؛ وقال أبو يوسفَ ؒ: لا يبطل، بل المكتوبُ إليه يقضي، وهو قولُ الشافعيِّ ومالك وأحمد ؒ في رواية. كذا في «الرمز»(٣).

لهم: إنَّ القاضي الكاتب بمنْزلة أداءِ شهودِ الفرعِ الشهادة؛ لأنّه ينقلُ شهادة الذين شهدوا بالحقِّ إلى القاضي المكتوبِ إليه، والنقلُ قد تمَّ بالكتابة، فصارَ بمنْزلة شهودِ الفرعِ إذا ماتوا بعد أداء الشهادةِ قبل القضاء بها، فإنّه لا يمنعُ القضاء، فكذا هذا، وهكذا الحكم في كلِّ شاهدٍ ماتَ بعد أداءِ الشهادةِ قبل الحكم بها.

---

(١) «تبيين الحقائق»(٤: ١٨٦).

(٢) «تبيين الحقائق»(٤: ١٨٦).

(٣) «رمز الحقائق»(٢: ٨٩).

وعزلِهِ قبل وصولِهِ

وعزلِهِ[١] قبل وصولِهِ[٢]

ولنا: إنَّ القاضي الكاتبُ وإن كان ينقلُ شهادةَ الذين شهدوا عندَه إلاَّ أنَّ لهذا النقلِ حكمُ القضاء، ألا ترى أنَّ هذا النقلَ لا يصحُّ إلاَّ من القاضي، ولا يشترطُ فيه عدده، ولا لفظُ الشهادة، ووجبَ على القاضي الكاتبُ هذا النقلَ بسماعِ البيِّنة.

وما يجبُ على القاضي بسماعِ البيّنة قضاءً فثبت أن لهذا النقل حكم القضاءُ ولم يتّم بعد؛ لأنَّ تمامَه يوجبُ القضاءَ على المكتوب إليه، ولا يجبُ القضاءُ على المكتوب إليه قبل وصولِ الكتاب إليه وقبل قراءته؛ لأنَّ العلم بالمقتضى به شرطٌ لوجوبِ القضاء، فلم يكن النقلُ تامّاً، فيبطلُ بموتِ القاضي كما في سائرِ الأقضية إذا مات القاضي قبل تمامها.

بخلافِ شهودِ الفروعِ إذا مات الأصولُ بعد أدائهم الشهادة؛ لأنّهم أوجبوا الحكمَ على القاضي بشهادتهم، فلا يسقطُ عنه الوجوب، أو بموت الفروع، كما في سائرِ الشهادات إذا مات الشهودُ بعد الأداءِ قبل الحكم بشهادتهم، فإنّه لا يسقطُ عنه الوجوب، فكذا هذا. كذا في «التبيين»(١).

[١]قوله: **وعزله**؛ وكذا بخروجه عن الأهلية؛ كالجنون والفسق؛ لأنَّ الخروج كالعزل، والإخراجُ حكماً لكونه واحداً من الرعايا، فكتابه لا يقبلُ كخطابه؛ لانتفاء الولاية الشرعيّة.

[٢]قوله: **قبل وصوله**؛ قال في «الفتح»(٢): العبارة الجيّدة أن يقال: لو ماتَ قبل قراءةِ الكتابِ لا قبل وصوله؛ لأنَّ وصولِهِ قبل ثبوته عند المكتوب إليه وقراءته لا يوجب شيئاً. انتهى.

لو ماتَ القاضي الكاتبُ بعدما قرأ الكتاب لا يبطلُ في ظاهر الرواية، ويحكمُ به المكتوبُ إليه؛ لأنّه وجب عليه، والقضاءُ به بالقراءة، فلا يبطل بالموت، كما لو مات الشهاد بعد أداءِ الشهادة قبل الحكم بها. كما صرَّح به العلامةُ الزَّيْلَعِيُّ(٣)، وغيره.

---

(١) «تبيين الحقائق»(٤: ١٨٦).

(٢) «فتح القدير»(٦: ٣٨٩).

(٣) في «تبيين الحقائق»(٤: ١٨٦).

وكذا بموتِ المكتوبِ إليه إلاَّ إذا كتبَ بعد اسمِهِ: وإلى كلِّ مَن يصلُ إليه من قضاةِ المسلمينَ

وكذا[١] بموتِ المكتوبِ إليه إلاَّ إذا كتبَ بعد اسمِهِ: وإلى كلِّ مَن يصلُ إليه من قضاةِ المسلمينَ)، وعند أبي يوسف ﷺ: لا يُشْتَرطُ أن يكتبَ بعد اسمه إلى قاض معين، بل يكفي أن يكتبَ ابتداءً: إلى كلِّ مَن يصلّ إليه من قضاةِ المسلمين؛ لأنَّ تعينَ المكتوبِ إليه تضييقٌ لا فائدةَ فيه

[١]قوله: وكذا؛ يبطلُ الكتاب بموت القاضي المكتوبِ إليه إلاَّ أن يقبلَ الكتاب إذا كتب من بعد اسمِه: أي إلى فلان القاضي وإلى مَن يصل الكتاب إليه من قضاة المسلمين؛ لأنَّ الكاتبَ لَمَّا خصَّه فقد اعتمدَ عدالته وأمانته، والقضاةُ متفاوتون في ذلك، فصحَّ التعيين.

وقال الشافعي ﷺ: لا يبطل، وإن لم يقل ذلك، ويحكم القاضي الذي جاءَ بعدَه به، كما لو قال: وإلى كلِّ مَن يصلُ إليه من قضاة المسلمين.

ولنا: أنَّ القاضي الكاتِبَ اعتمدَ على علم الأوَّلِ وأمانتِه، والقضاةُ يتفاوتون في الأمانة، فصار نظيرَ الأمناءِ في الأموال، بخلاف ما إذا قال: وإلى كلِّ مَن يصلُ إليه من قضاة المسلمين، فإنّه اعتمدَ الكلّ، فكان مكتوباً إليهم.

بخلافِ ما إذا قال ابتداءً: إلى كلِّ مَن يصلُ إليه من قضاةِ المسلمين، حيث لا يجوزُ أن يحكمَ به أحد؛ لأنَّ إعلامَ ما في الكتابِ والمكتوب إليه شرط، وتمامُ الإعلامِ لا يحصلُ بهذا القدر، وإذا عيَّنَ واحداً حصلَ التعريف، وصحَّ كتابُ القاضي إلى القاضي، وصار غيرُه تبعاً له.

وأجازَ أبو يوسفَ ﷺ من غير تعيين أحدٍ من القضاةِ حين ابتليَ بالقضاء، واستحسنَه كثيرٌ من المشايخ، وفي «الفتح»[١]: وهو الأوجه؛ لأنّ إعلامَ المكتوبِ إليه وإن كان شرطاً فبالعموم يعلمُ كما يعلمُ بالخصوص، وليس العمومُ من قِبل الإجمالِ والتجهيل، فصار قصديّته وتبعيّته سواء. كذا في «النهر»، وغيره.

---

(١) «فتح القدير»(٦: ٣٩٠).

وإن ماتَ الخصمُ ينفذُ على وارثِه

(وإن ماتَ الخصمُ ينفذُ على وارثِه[1]

[1]قوله: ينفذُ على وارثه؛ أي لا يبطلُ الكتابُ بموت الخصم، بل ينفذُ على وارثه؛ لأنّه قائمٌ مقامَه، وإطلاقُ العبارةِ يشملُ المدَّعي والمدَّعى عليه، ويشملُ ما إذا كان تاريخُ الكتاب بعد موت المطلوب أو قبله، وكذا ينفذُ على وصيّه.

فصل

وصحَّ قضاءُ المرأةِ إلاَّ في حدٍّ وقَوَدٍ ولا يستخلفُ قاضٍ، ولا يوكِّلُ وكيلٌ إلاَّ مَن فُوِّضَ إليه ذلك ففي المفوِّضِ نائبُهُ لا ينعزلُ بعزلِهِ وبموتِهِ موكِّلاً، بل هو نائبُ الأصيل

فصل

(**وصحَّ قضاءُ المرأةِ**[1] **إلاَّ في حدٍّ وقَوَدٍ**[2])؛ لأنَّ شهادتَها لا تُقْبَلُ فيهما، (**ولا يستخلفُ قاضٍ**[3]، **ولا يوكِّلُ وكيلٌ إلاَّ مَن فُوِّضَ إليه ذلك، ففي المفوِّضِ نائبُهُ لا ينعزلُ بعزلِهِ وبموتِهِ موكِّلاً، بلْ هو نائبُ الأصيل**)، إنَّما قالَ موكِّلاً؛ لأنَّ في الوكالةِ يَنْعزِلُ الوكيلُ بموتِ موكِّلِه، فأرادَ أن يُصَرِّحَ أن الوكيلَ هاهنا لا ينعزلُ بموتِ موكِّلِهِ؛ لأنَّهُ في الحقيقةِ ليس نائبُه، بل هو نائبُ الأصيل، وأمَّا في القضاءِ فإنَّ النَّائبَ لا يَنْعزِلُ بموتِ المنوبِ عنه، فخصَّ الموكِّلَ بالذِّكرِ؛ لأن الاشتباه فيه ولا شُبْهةَ في باب القضاء، فلم يذكر، ثم قال: بل هو نائبُ الأصيل؛ ففي التَّوكيلِ ينعزلُ بموتِ الأصيلِ، وفي القضاءِ لا يَنْعزِل.

---

[1] قوله: **وصحَّ قضاءُ المرأة**، وعن بعض الأئمّة: لا يجوزُ أن تتولّى المرأة؛ لقصورِ عقلها، قلنا: هي من أهلِ الشهادةِ كالرجل، قال العَتَّابيُّ ﷺ في «شرح الجامع الكبير»: امرأة قلّدت القضاءَ قضتْ في أموالٍ صحّ؛ لأنّها تصلحُ شاهدةً في باب المال، فتصلحُ قاضية. انتهى.

وقوله ﷺ: «لا يفلحُ قومٌ ولوا أمرهم امرأة»(1)، يدلُّ على نقصان ذلك الحال، لا على عدمِ جوازِ توليتِها.

[2]قوله: **إلاَّ في حدٍّ وقود**؛ فإنّ قضاءها فيهما لا يقبل، ولو قضتْ بالحدودِ والقصاص، وأمضاه قاضٍ آخرَ يرى جوازَه نفذَ بالإجماع؛ لأنَّ نفسَ القضاءِ مجتهدٌ فيه، فإنَّ شريكاً كان يجوِّزُ شهادةَ النساءِ مع رجل في الحدود والقصاص. كذا في «الرمز»(2).

[3]قوله: **ولا يستخلفُ قاضٍ**؛ قاضياً؛ لأنّه قُلِّدَ القضاء دون أن يُقَلِّدَه لغيره

---

(1) في «المستدرك»(4: 570) وصححه، و«مسند أحمد»(5: 43)، و«مسند البزار»(9: 106)، و«مسند الشهاب»(2: 51) وفيهما لفظ: تملكهم امرأة.

(2) «رمز الحقائق»(2: 89).

....

....

ولأنَّ الإمامَ إنّما رضي بقضائه دون غيرِه، بخلافِ الوصيِّ حيث يملكُ الإيصاءَ إلى غيره ويملك التوكيلَ والعزلَ في حياته؛ لرضاء الموصي بذلك دلالة لعجزِه.

وبخلاف المستعير، فإنّه له الإعارةَ بشرطها؛ لأنّه لمّا ملكَ المنفعةَ ملكَ تمليكَها، ذكره العلامة الطَّحْطَاويّ في «حاشيته على الدر المختار»[1]، وبخلافِ المأمورِ بالجمعة، حيث يجوز أن يستخلف؛ لكونها على شرفِ السقوط. كذا في «الرمز»[2].

ولا يوكِّل وكيلٌ وكيلاً؛ لأنَّ الموكِّلَ إنّما رضيَ بتصرُّفِهِ دون غيره، إلاَّ مَن فوَّضَ الإمامُ الموكِّلُ إليه ذلك الاستخلاف، بأن قال: ولِّ أو وكِّل مَن شئت، فإنّه يجوز حينئذٍ أن يستخلفَ القاضي قاضياً آخر، والموكِّلُ وكيلاً آخر.

وفيه أمرٌ إلى أنّه يستخلفُ دلالة، فلو جعل قاضي القضاة كان له الاستخلاف؛ لأنَّ معناه المتصرِّفُ في القضاء تقليداً وعزلاً. وإلى أنَّ القاضي إذا أُذِنَ بالاستخلافِ فاستخلفَ رجلاً، وأذنَ بالاستخلاف جاز له أن يستخلفَ ثُمَّ وثُمَّ. ذكره القُهُسْتَانيُّ[3] ناقلاً عن «الخلاصة».

إذا عرفتَ هذا قضى القاضي أو الوكيل المفوَّضُ إليه؛ أي الذي فوَّضَ إليه الاستخلافُ أو التوكيل نائبه؛ أي نائبُ القاضي، أو الوكيل لا ينعزل بعزله؛ أي بعزلِ المفوَّضِ إليه إيّاه؛ لأنّه صارَ نائباً عن الأصيل، إلاَّ إذا فوّضَ إليه ذلك بأن قيل له من قِبل السلطان أو الموكِّل: استبدل مَن شئت.

فحينئذٍ يجوزُ له العزل، ولا ينْعزلُ الغائبُ بموته؛ أي المفوَّض إليه حالَ كونِهِ موكّلاً، بل هو؛ أي نائبُ المفوَّض إليه، نائبُ الأصيل، وهو السلطانُ أو الموكّل إلاَّ أنّه في التوكيل ينعزلُ بموتِ الأصيل، وفي القضاء: لا ينعزل.

وقال الشافعيّ وأحمد ﷺ: إذا عزلَ القاضي المفوَّضُ إليه نائبَه ينعزل؛ لأنّه كتوكيله، والموكِّلُ يملكُ عزلَ وكيله.

---

(١) «حاشية الطحطاوي»(٣: ١٩١).

(٢) «رمز الحقائق»(٢: ٩٠).

(٣) في «جامع الرموز»(٢: ٢٢٧).

....

....

ولنا: أنّه لما صحَّ الاستخلافُ من جهةِ الإمامِ كان نائباً عن الإمام، فلا يملكُ المفوِّضُ إليه عزلَه إلاَّ أن يقولَ له الإمام: ولِّ مَن شئت، واستبدل مَن شئت. ذكرَه العلاَّمة الشُّمُنِّيّ، وغيره.

واعلم أنَّ هاهنا كلاماً طويلاً وأنا أذكرُه مختصراً ناقلاً عن «الأشباه والنظائر»[1] قال فيه: قال في «خزانة الفتاوى»: إذا مات القاضي انعزلَ خلفاؤه، ولو ماتَ واحدٌ من الولاةِ انعزلَ خلفاؤه، ولو ماتَ الخليفةُ لا تنعزلُ ولاته وقضاته. انتهى.

وفي «الخلاصة» وفي «هداية الناطقي»: لو ماتَ القاضي انعزلَ خلفاؤه، وكذا موتُ أمراءِ الناحية بخلاف موت الخليفة. السلطانُ إذا عزلَ القاضي انعزلَ النائب، بخلافِ موت القاضي.

وفي «المحيط»: إذا عزلَ السلطانُ القاضي انعزلَ نائبه، بخلافِ ما إذا ماتَ القاضي لا ينعزلُ نائبه، هكذا قيل، وينبغي أن لا ينعزلَ النائبُ بعزلِ القاضي؛ لأنّه نائبُ السلطان، أو نائب العامّة، ألا ترى أنّه لا ينعزل بموت القاضي، وعليه كثيرٌ من المشايخ. انتهى.

وفي «البَزَّازيَّة»: ماتَ الخليفةُ وله أمراءُ وعمّال، فالكلُّ على ولايته، وفي «المحيط»: ماتَ القاضي انعزلَ خلفاؤه، وكذا أمراءُ الناحيةِ بخلافِ موتِ الخليفة، وإذا عزل القاضي ينعزلُ نائبه، وإذا مات لا، والفتوى على أنّه لا ينعزلُ بعزلِ القاضي؛ لأنّه نائبُ السلطانِ أو العامّة، وبعزلِ نائبِ القاضي لا ينعزلُ القاضي. انتهى.

وفي «العمادية» و«جامع الفصولين» كما في «الخلاصة»، وفي «فتاوى قاضي خان»: وإذا ماتَ الخليفةُ لا ينعزلُ قضاتُهُ وعمّاله، وكذا لو كان القاضي مأذوناً بالاستخلافِ فاستخلفَ غيرَه، وماتَ القاضي أو عزلَ لا ينعزلُ خليفتَه. انتهى.

فتحرَّرَ من ذلك اختلافُ المشايخ في انعزالِ النائبِ بعزل القاضي وموتِه، وقولُ البَزَّازيِّ: الفتوى على أنّه لا ينعزلُ بعزلِ القاضي، يدلُّ على أنّ الفتوى على أنّه لا ينعزلُ بموتِه بالأولى، لكن علَّلَه بأنّه نائبُ السلطان.

---

(١) «الأشباه والنظائر»(ص٢٧٦ - ٢٧٧).

وفي غيرِهِ إن فعلَ نائبُهُ عنده أو أجاز هو، أو كان قَدَّرَ الثَّمَنَ في الوكالةِ صحَّ

(وفي غيرِهِ إن فعلَ نائبُهُ[1] عنده أو أجاز هو، أو كان قَدَّرَ الثَّمَنَ في الوكالةِ صحَّ[2]): أي في غيرِ المفوَّض، يعني إذا لم يفوِّضْ إلى القاضي والوكيلِ أن يستخلف الغير فاستخلفا، ففعلَ النَّائبُ بحضورِ المنوبِ عنه صحَّ؛ لأنَّهُ إذا فعلَ بحضوره، ففعلُهُ ينتقلُ إليه، وكذا إن فعلَ بغيبتِهِ فوصلَ الخبرُ إلى المنوبِ عنه فأجاز؛ لأنَّهُ إذا انضمَّ رأيُهُ إلى ذلك الفعلِ صارَ كأنَّه فَعَلَ، وكذا إن قَدَّرَ الوكيلُ الأوَّلُ الثَّمنَ فباشرَ وكيله؛ إذ بتقديرِ الثَّمن حصلَ رأيُه

فيدلُّ على أنَّ النوَّاب الآن ينعزلون بعزلِ القاضي وموته؛ لأنّهم نوَّاب القاضي من وجه، فهو كالوكيلِ مع الموكّل، ولا يفهمُ أحد الآن أنّه نائبُ السلطان؛ ولهذا قال العلامة ابن الغرس: ونائبُ القاضي في زماننا ينعزلُ بعزله وبموته، فإنّه نائبه من كلِّ وجه. انتهى ما في «الأشباه».

وعليك بالانتباه، وإن شئتَ الاطّلاعَ على مباحثَ نفيسة متعلّقة بهذا المقام، فارجع إلى حاشيةِ الحَمَويِّ على «الأشباه»، وغيرها من مبسوطاتِ الأعلام، تركناها خوفاً عن تطويل الكلام.

[1]قوله: **إن فعلَ نائبه**؛ ما أمرَه به من نحو القضاءِ والنكاحِ والخلع والكتابة، دون الطلاق والعتاق؛ ولهذا لم يصحّ ولو عند الأوَّل. كما صرَّح به القُهُسْتَانِيُّ[1]، وغيره.

[2]قوله: **صحّ**؛ واعلم أنّه ذكرَ من «وكالة» «الأصل»: إنّه إذا وكّل بغير إذنِ موكِّلِهِ فعقدُ وكيله بحضرته جاز، ولم يشترط للجوازِ إجازةُ الوكيلِ الأوّل.

وذكرَ في موضعٍ آخر في «وكالة» «الأصل»: أنّه إذا باع الوكيلُ الثاني، والوكيلُ الأوّل حاضرٌ أو غائب، فأجازَ الوكيلُ الأوّل جاز، ومنهم مَن جعلَ في المسألة روايتين، وذكر الكرخيّ ﷺ أنّ المذكور مطلقاً محمولٌ على ما إذا أجاز الوكيلُ الأوّل، وإلى هذا ذهبَ عامَّةُ المشايخ، كذا في بعض شروح «الهداية».

وعند زفر ﷺ: إذا جعلَ الوكيل الثاني بحضرةِ الوكيل الأوّل لم يجزْ أيضاً، ثم ما ذكره من أنّ الموكّل إن عيَّن الثمنَ الذي باعَ به الثاني جاز، وإن لم يكن الأوّل حاضراً،

(1) في «جامع الرموز»(2: 228).

وباعْمَلْ برأيكَ يُوكِّل غيرَهُ، ويُمْضِي حُكْمَ

(وبِاعْمَلْ برأيكَ يُوكِّل غيرَهُ[1]): أي إذا قال الموكِّلُ للوكيل: اعملْ برأيكَ كان للوكيلِ أن يوكِّلَ غيرَهُ.

(ويُمْضِي حُكْمَ[2]

إنّما هو قول أبي يوسف ﷺ، وأمّا عند محمَّدٍ ﷺ فلا يجوز، وهو قول أبي حنيفة ﷺ. كذا ذكره البِرْجَنْدِيُّ ﷺ ناقلاً عن «الفتاوى المنصورية».

[1]قوله: يوكِّل غيرَه؛ ويكون الغير وكيلاً عن الموكِّل، وكذا لا ينعزلُ الثاني بعزلِ الأوّل ولا بموتِه، وكلاهما ينعزلان بموتِ الموكِّل.

[2]قوله: ويمضي حكم؛ تلخيصُ الكلام بحيث ينكشفُ به المرام: إنَّ قضاءَ القاضي الأوَّل لا يخلو:

١. إمّا أن يقعَ في فصلٍ فيه نصٌّ مفسَّرٌ من الكتاب، والسنةِ المتواترة، أو إجماع.

٢. وإمّا أن يقعَ في فصل مجتهد فيه من ظواهرِ النصوصِ والقياس.

فإن وقع في فصلٍ فيه مفسَّرٌ من الكتاب، والخبرِ المتواترِ، أو إجماع، فإن وافقَ قضاؤه ذلك نَفَّذَه الثاني، ولا يحلُّ له النقض، وإن خالف شيئاً من ذلك ردَّه.

وإن وقعَ في فصلٍ مجتهدٍ فيه فلا يخلو:

١. إمّا إن كان مجمعاً على كونِهِ مجتهداً فيه.

٢. وإما إن كان مختلفاً في كونِهِ مجتهداً فيه.

فإن كان مجمعاً على كونِهِ محلّ الاجتهاد:

١. فإمَّا إن كان المجتهدُ هو المقضي به.

٢. وإمّا إن كان نفس القضاء.

فإن كان المجتهد فيه هو المقضى به، فرفعَ قضاءه إلى قاضٍ آخر، لم يردَّه الثاني بل يُنَفِّذُه، فإن ردَّه القاضي الثاني فرجعَ إلى قاضٍ ثالثٍ نفذَ قضاء القاضي الأوّل، وأبطلَ قضاءَ الثاني.

وإن كان نفسُ القضاء مجتهداً فيه أنّه يجوز أم لا، كما لو قضى بالحجْر على الحرّ، أو قضى على الغائب، يجوزُ للقاضي الثاني أن ينقضَ الأوّل إذا مال اجتهادُهُ إلى خلافِ اجتهادِ الأوّل، هذا إذا كان القضاء في محلٍّ أجمعوا على كونِهِ محلّ الاجتهاد.

قاضٍ آخرَ في مختلفٍ فيه في الصَّدرِ الأَوَّل إلاَّ ما خالفَ الكتابَ

قاضٍ آخرَ[١] في مختلفٍ فيه في الصَّدرِ الأَوَّل[٢] إلاَّ ما خالفَ الكتابَ[٣]

فأمّا إذا كان في محلٍّ اختلفوا أنّه محلّ الاجتهاد أم لا: كبيعِ أمِّ الولد أنّه هل ينفذُ فيه قضاءُ القاضي عند أبي حنيفةَ ﷺ وأبي يوسفَ ﷺ: ينفذ؛ لأنّه محلُّ الاجتهادِ عندهما؛ لاختلافِ الصحابةِ ﷺ في جوازِ بيعها.

وعند محمَّدٍ ﷺ: لا ينفذ لوقوعِ الاتّفاقِ بعد ذلك من الصحابةِ وغيرهم، على أنّه لا يجوزُ بيعُها، فخرجَ محلُّ الاجتهاد، فينظر إن كان من رأي القاضي الثاني أنّه مجتهدٌ فيه ينفذُ قضاؤه ولا يردُّه، وإن كان في رأيه أنّه خرجَ من حدِّ الاجتهادِ وصار متّفقاً عليه لا ينفذ، بل يردّه. كذا في «البدائع»(١).

وإذا كان نفسُ القضاءِ مختلفاً فيه بأن قضى القاضي بحقٍّ على الغائبِ أو للغائب، هل ينفذ؟ فيه روايتان عن أصحابنا: في رواية: لا ينفذ، هكذا ذكرَ الخصَّاف، وهو الصحيح، كذا في «محيط السرخسي»، ذكرَه في «الفتاوى العالمكيرية»(٢).

[١]قوله: قاضٍ آخر؛ خرجَ به المُحَكَّم، فإنّه إذا رفعَ حكمَه إلى قاضٍ آخر أمضاه إن وافقَ مذهبه، وإلاَّ أبطلَه؛ لأنَّ حكمَه لا يرفعُ خلافاً، ودخلَ فيه الميِّتَ والمعزول، وقاضي البُغاة، وغيرهم ممَّن يمضي حكمه.

[٢]قوله: في الصدر الأول؛ قيل: هو زمانُ الصحابةِ والتابعين، وقيل: المرادُ ما يعمُّ من الصحابةِ والفقهاءِ المجتهدين ﷺ. كذا في «مجمع الأنهر»(٣).

[٣]قوله: ما خالف الكتاب؛ والمرادُ من مخالفةِ الكتابِ مخالفةُ نصِّ الكتابِ الذي لم يختلف السلفُ في تأويله، كقوله ﷻ: ﴿ وَلَا تَنكِحُواْ مَا نَكَحَ ءَابَآؤُكُم مِّنَ ٱلنِّسَآءِ ﴾(٤)، فإنَّ السلفَ اتَّفقوا على عدم جوازِ تزويج امرأة الأبِ وجاريتِه ووطئِها إن وطأها الأب، فلو حكمَ حاكمٌ بجواز ذلك نقضَه مَن رفع إليه. كذا في «العناية»(٥).

---

(١) «بدائع الصنائع»(٧: ١٤ - ١٥).

(٢) «الفتاوى الهندية»(٣: ٣٥٦).

(٣) «مجمع الأنهر»(٢: ١٦٩).

(٤) النساء: ٢٢.

(٥) «العناية»(٦: ٣٩٧).

أو السُّنَّةَ المشهورة، أو الإجماع

أو السُّنَّةَ المشهورة[1]، أو الإجماع[2])

أي إذا قضى القاضي ورَفَعَ حُكْمَهُ إلى قاضٍ آخرَ يَجِبُ عليه إمضاؤهُ[3] إلاَّ أن يكونَ:

[1]قوله: أو السنة المشهورة؛ قَيَّدَ بالمشهورة احترازاً عن الغريب.

فإن قلت: خرجَ به المتواترة أيضاً مع أنّ ما خالفها لا يمضي أيضاً.

قلت: لما ذكر أنَّ ما طلعت السنّةُ المشهورةُ لا يمضي مع كونِها أدنى درجة من المتواترة، ففي المتواترةِ بالطريق الأولى، والمرادُ من الكتابِ والسنَّة ما لا يكون قطعيُّ الدلالة، فإنّ مخالفة قطعيِّ الدلالةِ كفر، صرَّح به الفقهاء.

[2]قوله: أو الإجماع؛ والمرادُ منه ما ليس فيه خلافٌ يستندُ إلى دليلٍ شرعي. كذا في «البحر»(1).

[3]قوله: يجبُ عليه إمضاؤه؛ لأنه لا مزيةَ لأحدِ الاجتهادين على الآخر، وقد ترجَّحَ الأوّل باتّصال القضاء به، فلا ينقضُ بما هو دونه؛ ولأنّه لو لم ينفذْ الأوّل لما نفذ الثاني أيضاً، وكذا الثالثُ والرَّابع إلى ما لا يتناهى الاحتمال أن يجيءَ قاضٍ يرمي خلافَ ذلك، فكان نافذاً ضرورة.

وقد صحَّ أنَّ عمرَ ﷺ لما كثرَ اشتغاله قلّدَ القضاءَ أبا الدرداء ﷺ، واختصمَ إليه رجلان، فقضى لأحدِهما ثمَّ رأى عمر ﷺ المقضي عليه، فسأله عن حاله: فقال عمر ﷺ: لو كنت أنا مكانه لقضيت لك، فقال المقضي عليه: ما يمنعُك من القضاء، قال: ليس هنا نصّ والرأي مشتركة، وروي عن عمرَ ﷺ أنّه قضى في حادثةٍ بقضيّة ثمَّ قضى فيها بخلافِ ذلك، فقيل له في ذلك، فقال: تلك كما قضينا، وهذا كما نقضي. ذكره الزَّيْلَعِيُّ في «شرح الكنز»(2).

---

(1) «البحر الرائق»(٧: ١١).

(2) «تبيين الحقائق»(٤: ١٨٨).

....

١. مخالفاً للكتابِ كمتروكِ التسميةِ[١] عامداً، فإنَّهُ مخالفٌ[٢] لقولِهِ جَلَّ جَلالُه: ﴿ وَلَا تَأْكُلُوا۟ مِمَّا لَمْ يُذْكَرِ ٱسْمُ ٱللَّهِ عَلَيْهِ ﴾(١).

٢. أو السُّنَّةِ المشهورةِ: كالقضاءِ بحِلِّ المطلقةِ ثلاثاً بنكاحِ الزَّوجِ الثَّاني بلا وطءٍ على مذهبِ سعيد بن المسيب(٢) رضي الله عنه[٣]

[١]قوله: كمتروك التسمية؛ وصورتُهُ: أن يعلمَ أنَّ التسميةَ شرطٌ، وتركَها مع ذِكْرِها، أمّا إذا تركها غير عالمٍ باشتراطها، فهو في حكمِ الناسي. كما صرّحوا به.

وقيدُ العمد؛ لإخرج صورةُ النسيان، فإن مَن تركها ناسياً فذبيحته تؤكل، وقال الشافعي رضي الله عنه: ذبيحةُ تاركِ التسميةِ في الوجهين تؤكل، وتفصيلُ الدلائلِ سيأتيك إن شاء الله جَلَّ جَلالُه في «كتاب الذبائح».

[٢]قوله: فإنّه مخالفٌ لقوله تعالى... الخ، بناءً على أنّ الواو في قولِهِ جَلَّ جَلالُه: ﴿ وَإِنَّهُۥ لَفِسْقٌ ﴾(٣) للعطف، والضميرُ راجعٌ إلى مصدرِ الفعل الذي دخل عليه حرفُ النهي أو إلى الموصول، واحتمالُ كونها حاليّة، فتكون قيداً للنّهي.

ردَّ بأنَّ التأكيد بأن واللام ينفيه؛ لأنَّ الحال في النهي مبناهُ على التقدير؛ كأنّه قيل: لا تأكلوا إن كان فاسقاً فلا يصلح، وإنّه لفسق، بل هو فسق، ولو سلّم فلا نُسلّم، أنّه قيد للنهي، بل هو إشارة في المعنى الموجِبُ له فلا تُهِن زيداً وهو أخوك، ولا تشربْ الخمر وهو حرام عليك. كذا في «المحيط» نقلاً عن «النوازل».

إذا قضى بحلّ متروكِ التسمية عامداً ينفذُ عند أبي حنيفةَ رضي الله عنه خلافاً لأبي يوسف رضي الله عنه. ذكره البِرْجَنْدِيّ؛ ولذا قال القُهُسْتَانِيُّ(٤): والأحسنّ أن يُمثِّلَ بالقضاء بتقديم الوارثِ على المديون، فإن الأوّلَ نافذٌ عن الطرفين. كذا في «المغني»، وغيره. انتهى.

[٣]قوله: على مذهبِ سعيدِ بن المسيَّب رضي الله عنه؛ - بفتح الياء المشدَّدة -، وقيل:

---

(١) من سورة الأنعام، الآية (١٢١).

(٢) شكك الحافظ ابن كثير في صحة نسبة هذا القول إليه، ومال الدكتور هاشم جميل إلى رأيه بتأويل ما صح من قول ابن المسيب: أما الناس فيقول: حتى يجامعها، وأما أنا فإني أقول: إذا تزوجها بتزوج صحيح، لا يريد بذلك احلالاً، فلا بأس أن يتزوجها الأول. لأنه راوي لحديث العسيلة، فيكون قوله هذا قبل وصول الحديث له. والظاهر أن هذا لا يقوم حجّة على عدم نسبة القول إليه. والتفصيل في «فقه سعيد بن المسيب»(٣: ٣٥١ - ٣٦٠).

(٣) الأنعام: ١٢١.

(٤) في «جامع الرموز»(٢: ٢٢٨).

....

فإنَّه مخالفٌ للسُّنَّةِ المشهورةِ، وهي قولُهُ ﷺ[1]: «لا حتَّى تذوقي من عسيلته ويذوقَ من عسيلتكِ»(١) الحديث.

بكسرها، ابن حَزَن بن أبي وهب بن عمرو بن عائذ بن عمران بن مخزوم القرشيّ المدنيّ، ولد بسنتين مضتا من خلافةِ عمر ﷺ، كان من أفقه التابعين، وأحدُ الفقهاءِ السبعة بالمدينة.

وكان أحفظ النَّاسِ لأحكامِ عمر ﷺ وأقضيته، وكان له بضاعةٌ يتَّجر بها، وحجَّ أربعينَ حجّة، وما فاته التكبيرةُ الأولى منذ خمسين سنة، وصلَّى الصبحَ بوضوء العشاء خمسين سنة.

قال قتادةُ في شأنه: ما رأيتُ أحداً قطّ أعلم بالحلال والحرام منه، وقال محمّد بن إسحاق عن مكحول: طفتُ الأرضَ كلَّها فما رأيتُ أعلم منه، وروى عن جماعةٍ من الصحابة؛ كعمر، وعثمان، وعليّ، وسعد بن أبي وقاص، وابن عبّاس، وابن عمر، وأبي هريرة وغيرهم.

وتوفّي في سنةِ ثلاثٍ وتسعين، أو أربعٍ وتسعين، رضي الله تعالى عنه وعنهم أجمعين، هذا والتفصيل في «تاريخِ ابن خَلِّكَان»(٢)، و«تهذيب الكمال»(٣)، وغيرهما من التواريخ المعتبرة.

قال الزَّيْلَعِيُّ ﷺ في «تخريجه»(٤): في «سنن ابن منصور»: عن ابن المسيّب ﷺ قال: الناسُ يقولون حتى يجامعَها، وأمّا أنا أقول إذا تزوّجها نكاحاً صحيحاً، فإنها تحلّ للأوّل، واستغربَ هذا من سعيد حتى قيل: إن الحديثَ لم يبلغْه كما استغربَ من الحسن ﷺ أنّه يشترطُ الإنْزالُ نظراً إلى معنى العسلية. انتهى.

[1]قوله: **قوله ﷺ**؛ قد روي هذا الحديث بألفاظٍ مختلفة، روى الأئمَّةُ السَّتَّةُ في

---

(١) وهو من حديث عائشة ﷺ، قال: «جاءت امرأة رفاعة القرظي النبي ﷺ، فقالت: كنت عند رفاعة فطلقني فأبت طلاقي، فتزوَّجتُ عبد الرحمن بن الزبير إنما معه مثل هدبة الثوب، فقال: أتريدين أن ترجعي إلى رفاعة لا حتى تذوقي عسيلته ويذوق عسيلتك» في «صحيح البخاري» (٢ : ٩٣٣)، واللفظ له، و«صحيح مسلم»(٢ : ١٠٥٦)، وغيرهما.

(٢) «وفيات الأعيان»(٢ : ٣٧٨).

(٣) «تهذيب الكمال»(١١ : ٦٦ - ٧٥).

(٤) «نصب الراية»(٣: ٢٣٨).

....

أو للإجماعِ كالقضاءِ بحلِّ متعةِ النِّساء[1]؛ لأنَّ الصحابةَ أجمعوا على فسادِه.

كتبهم عن عائشةَ رضي الله تعالى عنها: قالت: «سُئِلَ رسول الله ﷺ عن رجلٍ طلَّق امرأته فتزوَّجت زوجاً غيرَه فدخل بها، ثمَّ طلَّقَها قبل أن يواقعَها أتحلُّ لزوجِها الأوّل، قال: لا حتى يذوقَ الآخرُ من عسيلتِها ما ذاقَ الأوّل».

وروى الجماعةُ إلاَّ أبا داود عن الزُّهْرِيِّ عن عروةَ عن عائشةَ قالت: «جاءت امرأة رفاعةَ القرظيّ إلى النبيِّ ﷺ فقالت: كنت عند رفاعةَ فطلَّقني، فأبتَّ طلاقي، فتزوّجت بعده عبد الرحمن بن الزبير، وإن ما معه مثل هدبة الثوب، فتبسَّم ﷺ، وقال: أتريدينَ أن ترجعي إلى رفاعة حتى تذوقي عسيلته ويذوقُ عسيلتك»[1]، والتفصيلُ في «نصب الراية»[2] إن شئتَ فارجعْ إليها.

[1]قوله: بحلّ متعة النساء؛ أي بجوازِ نكاحِ المتعة، ونكاحُ المتعة أن يقول لامرأة: أتمتعُ بك كذا مُدَّة بكذا من المال، وهو كان مباحاً بين أيّام خيبرَ وأيّام فتحِ مكّة، إلاَّ أنّه صار منسوخاً بإجماعِ الصحابةِ ﷺ، حتى لو قضى بجوازِه لم يجز ولو أباحَه صار كافراً. كما في «المضمرات».

وقال في «الهداية»[3]: قال مالك ﷺ: هو جائز. انتهى. وقال في «الفتح»[4]: نسبته إلى مالك ﷺ غلط، ولا خلافَ فيه بين الأئمّةِ وعلماءِ الأمصارِ إلا طائفةٌ من الشيعة. انتهى.

وقال في «البناية»[5]: لم يذكرْ في كتابٍ من كتب المالكيّة أنّها تجوز، مع أنَّ مالكاً ﷺ روى في «الموطأ» حديث عليٍّ ﷺ: «إنّ رسول الله ﷺ نهى عن متعةِ النساء يوم خيبر»[6]، وعادتُهُ أن لا يرويَ حديثاً في «الموطأ» إلا وهو يذهب إليه، ويعمل به. انتهى.

---

(١) في «صحيح البخاري»(٢: ٩٣٣)، و«صحيح مسلم»(٢: ١٠٥٧)، و«سنن الترمذي»(٣: ٤٢٦)، و«سنن النسائي»(٣: ٣٥٢)، و«سنن ابن ماجة»(١: ٦٢١)، وغيرها.

(٢) «نصب الراية»(٣: ٢٣٧).

(٣) «الهداية»(٢: ٢٩٥).

(٤) «فتح القدير»(٣: ٢٤٧).

(٥) «البناية»(٤: ٩٩).

(٦) في «الموطأ»(٢: ٥٤٢)، وغيره.

فحاصلُ هذا أنَّ القاضي إذا قَضَى في مُجْتَهَدٍ فيه يصيرُ[١] مُجْمَعاً عليه، فَيَجِبُ[٢] على قاضٍ آخرَ تنفيذُه، وهذا حُكْمٌ في وفقِ مذهبِه، أمَّا إذا حَكَمَ على خلافِ مذهبِهِ فسيأتي.

ويَجِبُ أن يعلمَ[٣] القاضي أن المسألةَ مختلفٌ فيها، وأيضاً هذا إذا كان محلُّ القضاءِ مختلفاً فيه

[١]قوله: يصير؛ أي المختلفُ فيه مجمعاً عليه؛ لأنَّ الخلافَ الموجودَ قبل القضاءِ يرتفعُ به كما يرتفعُ بإجماعِ العلماء على قولٍ بعد اختلافهم على قولين في العصر الذي قبله. كذا في «كمال الدراية».

[٢] قوله: فيجب...الخ؛ سواءً كان على وفقِ رأيِهِ أو على خلافه؛ لأنَّ القضاءَ متى لاقى مجتهداً فيه ينفذ، ولا ينقضُ باجتهادٍ آخر؛ لأنَّ اجتهادَ الثاني كاجتهادِ الأوّل، وقد ترجَّحَ القولُ باتِّصالِ القضاء به، فلا ينقضُ بما دونَه.

وروى عن محمَّدٍ ﷺ أنّ كلَّ شيءٍ اختلفَ فيه الفقهاء فقضى فيه القاضي كان قضاؤه جائزاً، ولم يكن لقاضٍ آخر أن يبطلَه، قال الفقيه أبو اللّيث ﷺ: وبه نأخذ. كذا في «الفصول العمادية» وغيرها.

[٣]قوله: ويجب أن يعلم...الخ؛ قال الزَّيْلَعِيُّ في «شرح الكَنْز»(١): قالوا: شرطُه أن يكون عالماً باختلاف [العلماء] حتى لو قضى في فصلٍ مجتهدٍ فيه، وهو لا يعلمُ ذلك لا يجوز قضاؤه عند عامَّتهم، ولا يمضيه الثاني. ذكره في «النهاية» معزياً إلى «المحيط»، وقال فيه شمسُ الأئمّة ﷺ: هذا هو ظاهرُ المذهب. انتهى.

وقال في «المنح»(٢): وفي «الفواكه البدرية» لابن الغرس، قال: هل يشترطُ لنفوذِ القضاءِ على المخالف علم القاضي بالخلاف في المحكوم به، اختلفوا فيه؛ ورجَّحَ غيرُ واحدٍ أنّه ليس بشرط، فينفذُ على المخالف، عَلِمَ القاضي بالخلاف في المسألةِ أم لم يَعْلَم. انتهى. أقول: ينبغي عدمُ اشتراطِ العلمِ بالخلاف لا سيما في زماننا، فإنّ قضاةَ زماننا لا معرفة لهم بمذاهبهم، فضلاً عن علمهم بمذاهبِ بقيَّةِ المجتهدين، والله أعلم.

---

(١) «تبيين الحقائق»(٤: ١٨٩).

(٢) «منح الغفار» (ق٢: ١٠٣/ب).

وفيما اجتمعَ عليه الجمهورُ لا يعتبرُ خلافُ البعضِ

أمَّا إذا كان نفسُ القضاءِ[١] مختلفاً فيه: كالقضاءِ على الغائبِ، فحينئذٍ يصيرُ مُجْمَعاً عليه[٢]، فبعد الإمضاءِ إن رَفَعَ إلى قاضٍ آخرَ يَجِبُ عليه تَنْفِيذُه.

(**وفيما اجتمعَ عليه الجمهورُ لا يعتبرُ خلافُ البعضِ**[٣])

ثمَّ رأيتُ في «الخلاصة» ما يقوّي ما اخترتُه حيث قال: إن هذا الشرط: يعني كونه عالماً بالاختلاف، وإن كان ظاهرَ المذهب، لكن يفتى بخلافه. انتهى.

قال مولانا في «بحره»(١): والتحقيقُ المعتمدُ أنّ علمه بكون ما حكمَ به مجتهداً فيه شرطاً، وأمّا علمه بكون المسألةِ اجتهاديّة فلا، قال: ويدلُّ عليه ما في «الفتاوى الصغرى». انتهى. ولم يظهرْ الفرق بينهما حينئذ، والله أعلم. انتهى ما في «المنح»(٢).

[١] قوله: **أمّا إذا كان نفسُ القضاءِ مختلفاً فيه**؛ بأن قال بعضُ العلماء: إنّه نافذ، وبعضُهم: إنّه غير نافذ؛ بناءً على أنّ الحكمَ مختلفٌ فيه أو غيرُ مختلف؛ كبيعِ المدبَّر؛ فإنّه في الصدرِ الأوّلِ مختلفٌ فيه.

ثمَّ المتأخِّرون أجمعوا على أنّه لا يجوز، فقال علماؤنا: إنَّ الإجماعَ المتأخّر رافعٌ للخلافِ المتقدِّم، وقال غيرُهم: إنّه غيرُ رافع، وكذا الحكمُ في كلّ حادثةٍ اختلفوا في اختلافه. كذا في «شرح النُّقاية»(٣) للقُهُسْتَانِيّ.

[٢]قوله: **فحينئذٍ يصيرُ مجمعاً عليه**؛ بإمضاءِ قاضٍ آخر؛ لأنَّ محلّ الخلافِ لم يوجد قبل القضاء، بل وجدَ بعده، فلا بُدَّ من قضاءٍ آخر؛ للترجيح. كذا في «كمال الدراية».

[٣]قوله: **لا يعتبرُ خلاف البعض**؛ فعلى هذا إذا حكمَ الحاكمُ على خلاف ما عليه الأكثر، كان حكمُهُ على خلافِ الإجماع، ونقضه من رفع إليه، وينبغي أن يحملَ كلامُ المصنّف ﷺ هذا على ما إذا كان الواحدُ المخالفُ ممّا لم يُسوِّغْ اجتهادُه ذلك، وأنكرَ الجميع قولَه، كقولة ابن عبّاس ﷺ في جوازِ ربا الفضل، فإنّه لم يسوغْ له ذلك حتى روي أنّه رجعَ إلى قولهم، ولم يتّبعه أحدٌ وأنكروا عليه.

---

(١) «البحر الرائق»(٧: ٨).

(٢) «منح الغفار»(ق٢: ١٠٣/ب – ١٠٤/أ).

(٣) «جامع الرموز»(٢: ٢٣٠).

....

ذُكِرَ في أصولِ الفقه: إنّ العلماءَ اختلفوا[1] في أنّ الاجماعَ هل ينعقدُ باتّفاقِ أكثرِ المجتهدينَ أو لا بُدَّ من اتّفاق الكلّ

فإذا حكمَ حاكمٌ بجوازِ ذلك وجبَ نقضُه؛ لأنَّ الإجماعَ منعقدٌ على الحرمةِ بدونه، فأمّا إذا سوَّغَ له ذلك لم ينفذْ الإجماعُ بدونه، كقولِ ابن عبَّاسَ ﷺ في حجبِ الأمِّ من الثلثِ إلى السدسِ بالجمع من الأخوة، فإن حكمَ به حاكم لم يكن مخالفاً للإجماع. كذا في «العناية»(١).

[١]قوله: اختلفوا... الخ؛ اعلم:

أوّلاً: أنّ الإجماعَ في اللغة: هو الاتّفاق، وفي الشريعة: اتّفاقُ مجتهدين صالحين من أمّةِ محمَّدٍ ﷺ في عصرٍ واحد على أمر غير ثابتٍ بالكتابِ والسنَّةِ قطعاً، سواءً كان ذلك الأمرُ قوليّاً أو فعليّاً شرعيّاً، أو عقليّاً أو عرفيّاً.

وثانياً: إنَّ كون الإجماعِ من الصحابةِ أو من العترة، أو من أهلِ المدينة، أو انقراضُ العصرِ ليس بشرط.

وثالثاً: إنّهم اختلفوا بما ينعقدُ به الإجماع:

١. فقيل: أقلُّ ما ينعقدُ به الإجماع ثلاثة، وإليه مالَ السَّرَخْسِيّ ﷺ؛ لأنّه أقل الجماعة.

٢. وقيل: اثنان؛ لأنّه أقل الجمع.

٣. وقيل: لم يبقَ من المجتهدين إلاَّ واحد يكون قولُهُ إجماعاً؛ لأنّه عند الانفرادِ يصدقُ عليه لفظُ الأمّة، قال الله تعالى: ﴿ إِنَّ إِبْرَٰهِيمَ كَانَ أُمَّةً قَانِتًا لِّلَّهِ حَنِيفًا ﴾(٢)، ذكرَه ابنُ الملك ﷺ(٣)، وغيره من الأصوليين.

٤. وفي «كشف أصول البَزْدَوِيّ»(٤): إنّ الإجماعَ ينعقدُ باتّفاقِ أكثر المجتهدين، ولا يعتبر مخالفة البعض، وهو قولُ محمَّد بن جرير الطَّبَريّ، وأحمد بن حنبل ﷺ.

---

(١) «العناية»(٦: ٣٩٧).

(٢) النحل: ١٢٠.

(٣) في «شرح المنار»(ص٢٥٧).

(٤) «كشف الأسرار»(٣: ٢٧٥).

....

ففي «الهداية»[1]: اختارَ أن اتّفاقَ الأكثر كافٍ، ففي مقابلةِ اتفاقِ الأكثرِ لا يعتبرُ خلافُ الأقلِّ.

وفي كتبِ أصولِ الفقه(١): رجَّحوا ذلك المذهبِ، وهو أن خلاف الأقلِّ في مقابلةِ الأكثرِ معتبرٌ، فإنَّ واحداً من الصَّحابةِ ﷺ ربُّما خالفَ الجمعَ الكثير، ولم يقولوا نحنُ أكثرَ منكَ، بل اعتبروا مخالفتَهُ.

٥. وقال بعضُهم: إن كان الأقلُّ بلغَ حدَّ التواترِ منعَ خلافُهُ انعقادَ الإجماع وإلاَّ فلا.

٦. وقال في «المنار»(٢): الشرطُ إجماعُ الكلّ، وخلافُ الواحدِ مانعٌ كخلافِ الأكثر. انتهى؛ لأنّه قال ﷺ: «إن الله لا يجمعُ أمّتي على ضلالة»(٣) رواه التِّرْمِذِيّ عن ابن عمرَ ﷺ، ولفظُ الأمّة يتناولُ الكلّ، فلو خالفَ واحدٌ لم يتحقّق الكلّ، فيحتملُ أن يكون الصوابُ مع الآخر.

٧. وذكر البِرْجَنْدِيّ: إنّ بعض المتأخرين قد اختار أنّ قولِ الأكثرِ يكون حجّة، ولا يكون إجماعا. انتهى.

٨. وقال بعض المعتزلة: ينعقدُ الاجماعُ باتّفاقِ الأكثر؛ لكونِ الحقَّ مع الجماعة، قال رسول الله ﷺ: «يد الله على الجماعة، فمن شذَّ شذَّ في النار»(٤)، رواه التِّرْمِذِيّ، وإنّما أرادَ من يد الله النصرةَ والعون، ونحن نجيبُ بأنّ معناهُ بعد تحقُّقِ الإجماع من شذّ وخرجَ منه دخلَ في النار.

[١]قوله: **ففي «الهداية»**...الخ؛ قال في «الهداية»(٥): وفيما اجتمعَ عليه الجمهور لا يعتبرُ مخالفةُ البعض، وذلك خلاف وليس باختلاف. انتهى.

---

(١) ينظر: «المنار»(ص٢١)، و«شرح ابن ملك عل المنار»(ص٢٥٧)، و«كشف أصول البَزْدَوِيّ» (٣: ٢٧٥)، وغيرهم.

(٢) «منار الأنوار»(ص٢١).

(٣) في «سنن الترمذي»(٤: ٤٦٦)، وقال المقدسي في «الأحاديث المختار»(٤: ٤٦٦): إسناده صحيح.

(٤) في «سنن الترمذي»(٤: ٤٦٦)، وقال: حديث غريب.

(٥) «الهداية»(ص١٠٧).

....

....

وقال في «الكفاية»(١): يعني أنّ الإجماعَ ينعقدُ باجتماعِ أكثرِ أهلِ الإجماعِ على حكم، وإن كان الأقلُّ منهم يخالفهم؛ لأنَّ العبرةَ للأكثر، هذا بظاهرِهِ يخالفُ ما ذكره في نسخ أصولِ الفقه: إنّ الإجماعَ لا ينعقدُ بمخالفة البعض، وإن كان المخالفُ واحداً، حتى أنّهم اختلفوا في إجماعٍ سبقهم فيه مخالف.

قال بعضُهم: هذا لا يكون إجماعاً؛ لأن ذلك المخالفَ لو كان حيًّا للحال لم ينعقدْ إجماعُ ما سواه إجماعاً، فكذلك إذا كان ميّتاً؛ لأنَّ اعتبارَ قولِهِ لدليله لا بحياته ولا بموتِه لا يبطلُ دليله. كذا في «التقويم» وغيره.

وهذا نصٌّ منهم على أنّ الإجماعَ لا ينعقدُ إذا كان المخالفُ حيّاً، وإن كان واحداً، وذكر شمسُ الأئمّة السَّرَخْسِيّ ﷺ في أصولِ الفقه: وكان الكَرْخِيُّ ﷺ يقول: شرطُ الإجماعِ ان يجتمع علماءَ العصرُ على حكم.

فأمّا إذا اجتمع أكثرهم على شيءٍ وخالفهم واحدٌ أو اثنان لم يثبتْ حكمُ الإجماع، وهذا قولُ الشافعيِّ ﷺ أيضاً؛ لأنَّ النبيَّ ﷺ قال: «أصحابي كالنجوم، فبأيّهم اقتديتم اهتديتم»(٢).

قلنا: فلا بدَّ من التوفيق بين المذكور في نسخِ أصولِ الفقه: من اعتبارِ مخالفة البعض، وبين المذكور هاهنا، ووجهه أنّ المذكور في تلك النسخ فيما سوَّغوا للمخالفِ الاجتهاد ولم ينكروا عليه، والمذكور هاهنا فيما سوّغوا له الاجتهاد وأنكروا عليه.

ويؤيِّدُ ذلك ما قال شمسُ الأئمّة السَّرَخْسِيُّ ﷺ في «أصول الفقه»: والأصحُّ عندي ما أشارَ إليه أبو بكرٍ الرازيِّ ﷺ أنَّ الواحدَ إذا خالف الجماعة، فإن سوَّغوا له ذلك الاجتهاد لا يثبتُ حكمُ الإجماعِ بدون قوله، بمنْزلةِ خلافِ ابن عبَّاسٍ ﷺ الصحابةَ في زوجٍ وأبوين وامرأة، بأنَّ للأمِّ ثلثَ جميع المال، وإن لم يُسَوِّغوا له للاجتهاد، وأنكروا عليه قوله.

---

(١) «الكفاية»(٦: ٣٩٧ - ٣٩٨).

(٢) في «لسان الميزان»(٢: ١٣٧)، «كشف الخفاء»(١: ١٤٧)، قال الشيخ عبد الفتاح أبو غدة في «نخبة الأنظار»(ص٤٥): ورد هذا الحديث في الجملة، وهو ليس بموضوع. وينظر تفصيل الكلام فيه تعليقنا على: «نزهة الفكر»(ص٤٨ - ٤٩).

والقضاءُ بحرمةٍ أو حلٍّ يَنْفُذُ ظاهراً أو باطناً، ولو بشهادةِ زورٍ إذا ادَّعاه بسببٍ معيّنٍ

وأيضاً قال في «الهداية»: إنّ المعتبر[1] الاختلافُ في الصَّدرِ الأوَّل: أي الصَّحابةِ ﷺ لكن الأصحَّ أنَّه لا يشترطُ ذلك حتَّى يكون[2] اختلافُ الشَّافِعِيِّ ﷺ معتبراً.

(**والقضاءُ بحرمةٍ**[3] **أو حلٍّ يَنْفُذُ ظاهراً أو باطناً، ولو بشهادةِ زورٍ إذا ادَّعاه بسببٍ معيّنٍ**)، حتَّى لو ادَّعى جاريةً ملكاً مطلقاً، وأقامَ على ذلك بيِّنة زورٍ وقَضَى القاضي به لا يحلُّ له وطؤها بالإجماع

فإنَّه يثبتُ حكمُ الإجماعِ بدون قوله بمنزلةِ قول ابن عبَّاسٍ ﷺ في حلِّ التفاضلِ في أموالِ الربا، فإنّ الصحابة لم يسوِّغوا له هذا الاجتهاد، حتى رُوِيَ أنّه رجعَ إلى قولهم، وكان الإجماعُ ثابتٌ بدون قوله. انتهى. فلا يتمُّ ما أراده الشارح ﷺ من الإيرادِ على المتنِ بذكر قول صاحب «الهداية»، فتأمل فيه.

[1]قوله: **إن المعتبر**...الخ؛ فمعناهُ الاختلافُ الذي يجعلُ المحلُّ مجتهداً فيه هو الاختلافُ الذي كان بين الصحابةِ والتابعين، لا الذي يقع بعدهم، وعلى هذا إذا حكم الشافعيُّ أو المالكيُّ برأيه بما يخالفُ رأيَ مَن تقدَّم عليه من الصدرِ الأوّل، ورفع ذلك إلى حاكم لم يرَ ذلك كان له أن ينقضَه. كذا في «العناية»(1)، وإن شئت زيادة التفصيل فارجع إلى «الكفاية»(2).

[2]قوله: **حتى يكون**...الخ؛ خلافُ الشافعيِّ أو مالك ﷺ يعتبرُ إذا كان قوله ممّا يقولُ به بعضُ علماءِ الصدرِ الأوّل، وإن لم يكن كذلك فلا يعتبر. صرَّح به في «غاية البيان»، وغيرها.

[3]قوله: **والقضاء بحرمة**؛ كما إذا ادّعت امرأةٌ على زوجها أنّه طلّقها ثلاثاً، وأقامت بيّنةً كاذبةً، فقضى القاضي بالفرقة.

فعلى قولِ أبي حنيفةَ ﷺ وقول أبي يوسفَ ﷺ أوّلاً: لا يحلُّ للزوجِ الأوّل وطؤها ظاهراً وباطناً، ويحلُّ للثاني وطؤها ظاهراً وباطناً عَلِمَ بحقيقةِ الحالِ أو لا، وعلى قولِ محمَّد ﷺ: لا يحلُّ للثاني وطؤها إذا كان عالماً بحقيقة الحال أو حلّ؛ كما إذا

---

(1) «العناية»(٦: ٣٩٧).

(2) «الكفاية»(٦: ٣٩٨).

....

....

ادّعى رجلٌ على امرأةٍ نكاحاً وهي تجحد، فأقام عليها شاهدي زور، وقضى القاضي بالنكاح بينهما، حلَّ للزوجِ وطؤها وحلَّ للمرأة التمكينُ عند أبي حنيفةَ ﷺ، وعند محمَّدٍ ﷺ لا يَحِلُّ ذلك.

ينفذ ذلك القضاء ظاهراً: أي من حيث الظاهرُ بين الناس، مثل: ثبوتِ التمكينِ والنفقةِ والقسم، وغير ذلك.

وباطناً؛ أي من حيث الباطن، يعني بينه وبين الله تعالى، مثل ثبوتِ الملك والحل.

ولو بشهادةِ زور، قيَّدَ بها؛ لأنّه لو ظهرَ الشهودُ عبيداً أو كفّاراً أو محدودين في قذف لم ينفذْ إجماعاً؛ لأنّها ليست بحجَّةٍ أصلا، بخلاف الفسّاق، ولا مكان الوقوف عليهم، فلم تكن شهادتهم حجّة، ذكرَه في «البحر»[1]، وغيره.

واعلم أنّ هاهنا لا بدَّ من قيدين:

الأوّل: أن يكون المحلُّ قابلاً.

والثاني: أن يكون القاضي غيرُ عالمٍ بزورِ الشهود.

فإنّ رجلاً لو ادّعى على امرأةٍ أنّها زوجتُه، وأثبتَ ذلك بشهادةِ الزور، وهو يعلمُ أنّها محرَّمةٌ عليه بكونِها منكوحةَ الغيرِ أو معتدّته، أو بكونها مرتدّة، فإنّه لا ينفذُ قضاءُ القاضي فيه باطناً اتّفاقاً؛ لأنّه وإن كان الملكُ بسببٍ لكن لا يمكنُ إنشاؤه.

وأمّا ظاهراً فلا شكَّ في نفاذِهِ كسائرِ الأحكامِ بشهادةِ الزورِ في غيرِ العقودِ والفسوخ، وليس المرادُ بنفاذه ظاهراً حلّ الوطء له، وحلُّ تمكينها منه، بل أمر القاضي لها به، وأمّا الحلُّ فهو فرع نفاذِه.

وكذا لو علمَ القاضي بكذبِ الشهودِ لا ينفذ قضاؤه أصلاً؛ لعدمِ شرطِ القضاء، وهو الشهادةُ الصادقة في زعمِ القاضي. كما صرَّحوا به.

إذا ادّعاه بسببٍ معيَّنٍ من العقودِ والفسوخ؛ كالنكاح والطلاق والبيع والشراء والإقالةِ والرد بالعيب والنسب، وفي الهبةِ والصدقة روايتان. كذا في «المنح»[2]، وغيره.

---

(١) «البحر الرائق»(٧: ١٧ - ١٥).

(٢) «منح الغفار»(ق٢: ١٠٤/ب).

فلو أقامَ بيِّنةَ زورٍ أنَّه تزوَّجها وحكمَ به حلَّ لها تمكينُهُ

لأنَّ[١] الملكَ لا بُدَّ له من سبب، وليس البعضُ أَوْلَى من البعض، فلا يمكنُ إثباتُ سببٍ معيَّنٍ يَثْبُتُ به الحلّ.

(**فلو أقامَ بيِّنةَ زورٍ أنَّه تزوَّجها وحكمَ به حلَّ لها تمكينُهُ**[٢])، هذا[٣] عند أبي حنيفةَ ﷺ

وكذا في البيع بأقلَّ من قيمتِه، في رواية: لاُ ينفذُ؛ باطناً لأن القاضيُ لا يملك التبرُّعات في ملكِ الغير، والبيعُ بأقلِّ تبرُّعٍ من وجه. كذا في «البحر»(١).

[١]قوله: **لأنّ**...الخ؛ حاصلُهُ: أنّه لا يمكنُ هاهنا تصحيحُ القضاء باطناً؛ لعدم إمكان إنشاءِ البيع؛ لأنَّ إنشاءَ الملك مطلقاً بلا سبب ليس في وسعِ العباد، وقد تعذَّرَ إنشاءُ السبب؛ لأنَّ في أسباب الملك كثيرة لا يترجَّحُ بعضُها على بعض، فلا يمكن إثباتُ السبب سابقاً على القضاءِ بطريق الاقتضاء، وفي النكاح والشراء يتقدَّمُ النكاحُ والشراء تصحيحاً للقضاء.

[٢]قوله: **حلَّ لها تمكينه**؛ ولو ادّعت على زوجِها أنّه طلَّقَها ثلاثاً، وأقامت عليه شهودَ زور، وقضى القاضي بالفرقةِ بينهما، حَرُمَ على زوجِها أن يطأها ظاهراً وباطناً عند أبي حنيفةَ ﷺ، ولو تزوَّجت بزوجٍ آخر حلَّ وطؤها كذلك عنده.

وقال محمّد ﷺ: يحلُّ للزوجِ الأوّل وطؤها ما لم يدخلْ بها زوجٌ آخر، وإذا دخلَ بها فالآن حرمَ وطؤها على الأوّل، ولا يحلُّ للزوجِ الثاني وطؤها إذا كان عالماً بحقيقة الحال، ويحلُّ إن لم يعلمْ بها. وعلى قول أبي يوسف ﷺ آخراً: يحلُّ للزوجِ الأوّل وطؤها سرَّاً، كذا ذكره شيخُ الإسلام ﷺ.

وقال بعضُ الفضلاء: لاُ يحل له وطؤها مع أنّه لم يقعْ الفرقةُ عنده؛ لأنّه لو وطئها كان زانياً عند الناس فيحدّونه، ولا يحلُّ للزوجِ الثاني وطؤها إذا كان عالماً بحقيقةِ الحال، كما هو قولُ محمّد ﷺ. ذكرَه البِرْجَنْدِيّ وأبو المكارمِ في «شرحِ النقاية»(٢).

[٣]قوله: **هذا**؛ أي نفاذُ القضاءِ ظاهراً وباطناً عند أبي حنيفةَ ﷺ وأبي يوسفَ ﷺ أوّلاً، وعندهما؛ أي قال أبو يوسفَ آخراً ومحمّد، وكذا عند مالكٍ

---

(١) «البحر الرائق»(٧: ١٥).

(٢) «شرح أبي المكارم على النقاية»(ق٥٦٥).

....

وعندهما يَنْفُذُ ظاهراً: أي يُسَلِّمُ القاضي الزَّوجةَ إلى الزَّوجِ، ويأمرها بالتَّمكينِ لا باطناً: أي لا يَثْبُتُ فيما بينَهُ وبينَ اللهِ تعالى، ومذهبهما ظاهر، وأمَّا مذهبُ أبي حنيفةَ ﷺ فمشكلٌ جداً، فإنَّ الحرامَ المحضَ كيف يكون سبباً للحلِّ فيما بينَهُ وبينَ اللهِ تعالى.

وجوابُهُ: إنَّا لم نجعلِ الحرامَ المحضَ: وهو الشَّهادةُ الكاذبةُ من حيث إنَّه إخبارٌ كاذبٌ سبباً للحلّ، بل حُكْمُ القاضي صارَ كإنشاءِ عقدٍ جديد[١]

والشافعيّ وأحمد ﷺ: ينفذُ ظاهراً؛ لأنَّ شهادةَ الزورِ حجَّةٌ ظاهراً لا باطناً.

فصار كما لو كان الشهود عبيداً أو كفاراً أو محدودين في قذف، وكما لو قضى القاضي بنكاحِ رجلٍ على امرأةٍ وهي منكوحةٌ أو معتدّةٌ لغيره، وكما في الأملاكِ المرسلة.

ولهما: ما رويَ أنّ عليَّاً ﷺ قضى بالنكاحِ بين رجلٍ وامرأةٍ بشهادة الشاهدين، فقالت: يا أميرَ المؤمنين إن لم يكن به فزوِّجني، فقال عليٌّ ﷺ: شاهداك زوَّجاك، ولم يلتفتْ إلى قولها من تجديدِ النكاحِ مع كونِ الشهود زوراً، بدلالةِ القصَّةِ بناءً على أنَّ حكمَ القاضي بمنْزلةِ إنشاءِ عقدٍ صحيحٍ؛ ولأنَّ القضاءَ موضوعٌ لقطعِ المنازعة بينهما من كلِّ وجه، فلو لم ينفذْ باطناً كان تمهيداً لها، وقد عُهِدَ نفوذُ القضاءِ بمثل ذلك في الشرع.

ألا ترى أنَّ التفريقَ في اللِّعانِ ينفذُ باطناً، وأحدهما كاذبٌ بيقين، وكذا إذا اختلفَ المتبايعان وتحالفا يفسخُ القاضي بينهما البيع، فينفذُ الفسخُ باطناً، حتى يحلُّ للبائع وطء الجاريةِ المبيعة، فكذا في باقي الفسوخ، والقاضي مكلَّفٌ بحسب الوسع، فيجبُ التعديل عليه، إذ الوقوف على حقيقةِ الصدقِ متعذّر، والعبيدُ والكفارُ والمحدودون في القذفِ يمكن الوقوفُ عليهم بخلافِ شهودِ الزور.

وعدمُ النفاذِ في الحكم بنكاحِ منكوحةِ الغير أو معتدّته؛ لفوات شرط الحكمِ لا لزورِ الشهود، إذ شرطُ الحكمِ أن يكون في محلٍّ قابلٍ له، ومنكوحة الغير ومعتدَّته ليست بمحلٍّ النكاح، ولم ينفذْ باطناً في المدَّعي بلا سبب؛ لأنَّ في أسبابِ الملك تزاحما، وليس تعيينُ بعض أولى من بعض.

وإثباتُ الملك مطلقاً من غير سببٍ ليس في وسع البشر، وقال الفقيه أبو الليث ﷺ: الفتوى على قولهما، وفي «الولواجية»: وإثمُ الشاهدان إثماً عظيماً(١).

[١]قوله: صار كإنشاءِ عقدٍ جديد؛ ولذا قال شمسُ الأئمّة السَّرَخْسِيّ ﷺ: لو

---

(١) ينظر: «التبيين»(٤: ١٩٠ - ١٩١).

والقضاءُ في مُجْتَهَدٍ فيه بخلافِ رأيه ناسياً مذهبَهُ أو عامداً لا يَنْفُذُ عندهما، وبه يُفتَى ولا يُقْضَى

وهو ليس حراماً، بل هو واجب؛ لأنَّ القاضي غير عالمٍ بكذبِ الشُّهُود.

(**والقضاءُ**[١] **في مُجْتَهَدٍ فيه**[٢] **بخلافِ رأيه**[٣] **ناسياً مذهبَهُ أو عامداً لا يَنْفُذُ عندهما، وبه يُفتَى**)، وأمَّا عند أبي حنيفةَ ﷺ إن كان ناسياً مذهبَهُ ينْفُذُ، وإن كان عامداً ففيه روايتان، وعندهما لا يَنْفُذُ في الوجهينِ؛ لأنَّه قضى بما هو خطؤٌ عنده، والفتوى على قولِهما.

ولا يُقْضَى[٤]

كانت الدعوى في نكاحٍ لا ينفذُ باطناً؛ لقوله: قضيت، إلاَّ بمحضرٍ من الشهود.

[١]قوله: والقضاء...الخ؛ تفصيلُهُ: إنَّ القاضي لو قضى في أمرٍ مجتهدٍ فيه مخالفاً لرأيه ناسياً مذهبَه، نفذَ عند أبي حنيفةَ ﷺ روايةً واحدة، وإن كان عامداً ففيه روايتان، وعندهما: لا ينفذُ في الوجهين، والفتوى على قولهما.

وذكر في «الفتوى الصغرى»: إنَّ الفتوى على قوله، فقد اختلف في الفتوى، والوجه في هذا الزمان أن يفتيَ بقولهما؛ لأنَّ التارك لمذهبه عمداً لا يفعله إلاَّ لهوى باطل لا لقصدٍ جميل، وأمّا الناسي؛ فلأنَّ المقلّد ما قلَّده إلا ليحكمَ بمذهبه لا بمذهبِ غيره، هذا كلّه في القاضي المجتهد، أما المقلّد، فإنّما ولاه ليحكمَ بمذهب أبي حنيفة ﷺ، فلا يملك المخالفة، فيكون معزولاً لا بالنسبة إلى ذلك الحكم. كذا في «الفتح»[١].

[٢]قوله: في مجتهد فيه؛ أي في أمرٍ يسوغُ الاجتهاد فيه بأن لم يكن مخالفاً لدليل.

[٣]قوله: رأيه؛ أي أصلُ مذهبِهِ كالحنفيِّ إذا حكمَ على مذهب الشافعيّ ﷺ أو نحوه، أو بالعكس، أمّا إذا حكمَ الحنفيُّ بمذهبِ أبي يوسفَ ﷺ أو محمّد ﷺ أو نحوهما من أصحابِ الإمامِ فليس حكماً بخلافِ رأيه. كذا في «الدرر شرح الغرر»[٢].

[٤]قوله: لا يقضي على غائب؛ ولا له، وقال مالكٌ والشافعيُّ وأحمد ﷺ: يجوز القضاءُ على الغائب، وإن لم يحضرْ مَن يقوم مقامَه؛ لأنّه ﷺ قضى لهندَ امرأة أبي

---

(١) «فتح القدير»(٦: ٣٩٧).

(٢) «درر الحكام»(٢: ٤٠٩ - ٤١٠).

....

....

سفيانَ ﷺ بالنفقة، وأبو سفيانَ ﷺ غائب، فقال لها: «خذي من مالِ أبي سفيانَ ما يكفيكِ وولدك»[١].

وقوله ﷺ: «البينةُ على المدَّعي»[٢] مطلقاً من غيرِ اشتراطِ حضورِ خصم؛ ولأنَّ الحجةَ على التمام، وهي البيّنة، وهي مبيّنةٌ كاسمها، فجازَ القضاءُ بها، كما إذا كان الخصمُ حاضراً.

ولنا: قوله ﷺ لعليٍّ ﷺ: «لا تقضِ لأحد الخصمين حتى يسمعَ كلامَ الآخر، فإنّك إذا سمعتَ كلام الآخرَ علمت كيف تقضي»[٣]، رواه أحمدُ، وأبو داود، والتِّرْمِذِيُّ بمعناه؛ ولأنَّ العملَ بالشهادةِ لقطع المنازعة.

فإنَّ الشهادةَ خبرٌ يحتملُ الصدقَ والكذب، ولا يجوزُ بناءُ الحكمِ على الدليلِ المحتمل، إلا أنَّ الشرعَ جعلها ضرورةَ قطعِ المنازعة؛ ولذا إذا حضرَ الخصمُ وأقرَّ بالحقِّ فلا حاجة إليها، ولا منازعةَ بدون الإنكار، ولم يوجد.

والبيِّنةُ بدونِ حضورِ الخصمِ ليس بحجّة الاحتمال أنّ يطعنِ في الشهود، أو يسلّم الدعوى، أو يدّعي الأداء؛ ولأنّه يحتملُ أن يقرَّ الخصم، ويحتملُ أن ينكر، وأحكامها مختلفة، فإنّه بالإقرارِ يقتصر، وبالبيِّنةِ يتعدّى، فلا يجوزُ مع الاشتباه.

والشاهدُ عليه أنّه ﷺ قال: «إذا سمعتَ كلامَ الآخر علمتَ كيف تقضي»، فظهرَ أنَّ العلمَ بوجهِ القضاءِ شرطٌ لصحَّةِ القضاء، وأنَّ الجهلَ بوجهِ القضاءِ يمنع القضاء، وهو لا يرتفعُ إلاّ بكلامهما.

ولا حجَّةَ لهم في حديثِ هند؛ لأنَّ ذلك الحكمَ لم يكن قضاءً بل كان مشورةً أو إعانةً لها على أخذِ مالِ زوجها، والشاهدُ عليه أنَّ تلك المرأةَ لم تدَّعِ الزوجيّة، ولم تقمْ البيّنة، فكان ﷺ عالماً بأنّها امرأة أبي سفيان ﷺ.

وكذا قوله ﷺ: «البيّنة على المدّعي»، ليس لهم فيه حجّة، بل هو حجَّةٌ لنا؛ لأنَّ البيِّنةَ اسمٌ لما يحصل به البيان، ومن البيِّنِ أنّه ليس المرادُ البيان في حقِّ المدّعي، ولا في

---

(١) في «صحيح البخاري»(٢: ٧٦٩)، و«صحيح مسلم»(٣: ١٣٣٨)، وغيرها.

(٢) في «صحيح البخاري»(٤: ١٦٥٦)، و«صحيح مسلم»(٣: ١٣٣٦)، وغيرها.

(٣) في «مسند أحمد»(١: ٩٠)، و«سنن الترمذي»(٣: ٦١٨)، وحسنه.

....

....

حقِّ القاضي؛ لأنَّ المدَّعي عالمٌ بحقِّه، والقاضي بانَ له بكلام المدّعي، فتعيّن أن يكون في حقِّ الخصم، هكذا قالوا في هذا المقام.

واعلم أنَّ صاحبَ «الدر المختار»[1] فسَّر قولَ الماتن[2]: لا يقضي على غائب ولا له بقوله: أي لا يصحّ بل لا ينفذُ على المفتى به. انتهى.

وقال شيخنا الطَّحْطَاويّ ﷺ[3]: هذا الإضراب لا يتمّ؛ لأنّه إذا كان لا يصحُّ لا يتمّ، قال في «البحر»[4]: والذي ظهر لي من كلامهم أنَّ المذهبَ عن أصحابنا عدمُ صحَّةِ القضاء على الغائب، وأنَّ القاضي الذي يراه إذا قضى عليه فإنّه يتوقَّفُ على الإمضاء؛ لأنَّ الاختلافَ في نفسِ القضاء، وما عدا هذا من الأقوالِ من تصرُّفاتِ المشايخ. انتهى كلام الطحطاوي.

وقال في «المنح»[5]: اختلفَ التصحيحُ في نفاذِه، فقيل: لا ينفذ، وقيل: ينفذ، ورجَّح الأوّل في «فتح القدير»[6]، وأنّه لا بُدَّ من إمضاءِ قاضٍ آخر؛ لأنَّ الاختلافَ في نفسِ القضاء.

وفي «البَزَّازية» من القضاة قال الإمامُ ظهيرُ الدِّين ﷺ في نفاذِ القضاءِ على الغائب روايتان، ونحن نفتي بعدم النَّفاذ، كيلا يتطرَّقوا إلى إبطالِ مذهب أصحابنا. انتهى. والقائلُ بأنّ الفتوى على النفاذِ خُواهَر زَادَه ﷺ، وفي «البحر»[7] نقلاً عن «منية المفتي»: القضاءُ على الغائبِ بلا خصمٍ فيه روايتان، ويفتى بعدمِ النفاذ، وقيل: إن رآه قاضٍ فقضى به ينفذ. انتهى.

---

(١) «الدر المختار»(٤: ٣٣٦).

(٢) أي صاحب «تنوير الأبصار»(ص١٤٧).

(٣) في «حاشية الدر المختار»(٣: ١٩٨).

(٤) «البحر الرائق»(٧: ١٨).

(٥) «منح الغفار»(ق١٥٥/أ).

(٦) «فتح القدير»(٦: ٤٠٢).

(٧) «البحر الرائق»(٧: ١٧).

على غائبٍ إلاَّ بحضرةِ نائبِهِ حقيقةً: كالوكيل، أو شرعاً كوصيٍّ القاضي، أو حُكْماً بأن كان ما يُدَّعي على الغائبِ سبباً لِمَا يَدَّعي على الحاضر

على غائبٍ[1] إلاَّ بحضرةِ نائبِهِ[2] حقيقةً: كالوكيل، أو شرعاً كوصيٍّ القاضي، أو حُكْماً بأن كان ما يُدَّعى على الغائبِ سبباً لِمَا يَدَّعى على الحاضر)

وفي «مجمع الفتاوى» عن «المنتقى»: إنه لا ينفذ، وعليه الفتوى. انتهى. فالحاصلُ أنّه لا خلافَ عندنا في عدمِ جواز القضاء على الغائب، وإنّما الخلافُ في أنّه لو قضى به مَن يرى جوازه هل ينفذُ بدون تنفيذ، أو لا بُدّ من إمضاءِ قاضٍ آخر، وحالُ الترجيح ما علمت آنفاً.

[1]قوله: **على غائب**؛ قال في «المعدن»: المسألة على ثلاثة أوجه:

١. في وجهٍ يجوزُ القضاءُ على الغائبِ اتّفاقاً، وهو ما إذا اختفى الخصمُ في بيته ولا يحضرُ مجلس القاضي، وبعث أمناءَه إلى داره، ونوا[د]ي على باب داره، ينصبُ وكيلاً عنه، ثم يقضي على وجه الوكيل، ويكون ذلك قضاءً على الغائب. كذا في «الذخيرة»، وغيره.

٢. وفي وجه: لا يجوز اتّفاقاً، وهو ما إذا كان ظاهراً في المصر، غائباً عن المجلس إلاَّ على أحد قولي الشافعيّ ﷺ.

٣. وفي وجه: خلاف، وهو إذا كان غائباً عن البلد. انتهى.

فظهر أنَّ المرادَ على غائبٍ عن البلد، فكان غائباً عن المجلس بالطّريقِ الأولى، ولو أقام المدّعي البيّنةَ على خصمٍ حاضر، وزكّيت بينتُهُ، ثمَّ غاب المدَّعى عليه لا يقضي عليه حتى يحضرَ هو، أو مَن يقوم مقامه فيقضى عليه بتلك البيّنة من غير إعادتها، وكذا إذا غاب قبل التزكية.

ولو أقرَّ عند الحاكمِ فغاب قبل أن يقضي عليه قضى عليه وهو غائب؛ لأنَّ له أن يظهر البيّنة فيبطلُ به دون الإقرار، وعن أبي يوسفَ ﷺ أنّه يقضي بالبيّنةِ أيضاً وهذا أرفقُ إلى الناس على ما قال السَّرَخْسِيّ ﷺ، والتقييدُ بقوله: على غائب اتّفاقي؛ لأنّه لا يقضي لغائبٍ أيضاً. كما صرَّحوا به.

[2]قوله: **إلا بحضرةِ نائبه... الخ**؛ تفصيلُه: أنَّ مَن يقومُ مقامَ الغائب:

١. إمّا أن يكون بإنابته كالوكيلِ والوصيّ ومتوليّ الوقف.

....

كما إذا ادَّعى داراً على رجلٍ أنَّه اشتراها من فلانِ الغائبِ[1]، فأقامَ البيِّنةَ على ذي اليد، فإنَّ القاضي يقضي بهذه البيِّنةِ على الحاضرِ والغائبِ جميعاً حتَّى لو حضرَ الغائبُ وأنكرَ لا يلتفتُ إلى إنكاره.

٢. أو بإنابةِ الشرع، كالوصيِّ من جهة القاضي، كما إذا كان المدّعى عليه ميّتاً وله ولدٌ صغيرٌ قد نصبَ له وصيّاً.

٣. أو مَن حيث الحكم بأن يكون ما يدّعيه على الغائبِ سبباً لما يدَّعيه على الحاضر، وهو على نوعين:

أحدهما: أن يكون ما يدَّعيه على الحاضرِ والغائبِ واحداً، مثل أن يدَّعي دارَ شخصٍ، وأنكرَ ذو اليد، وادَّعى أنّها ملكَه، وأقامَ الخارجُ البيّنةَ أنّه اشتراها من فلانٍ الغائب، أو ادّعى في دارٍ في يد شخصٍ شفعةً؛ لأن ذا اليد اشتراها من فلان.

وقال ذو اليد: الدار داري، لم اشترها من أحد، فأقام المدَّعي البيِّنةَ أنّه اشتراها من فلانٍ الغائب، أو ادّعى على شخصٍ ديناً على أنّه كفيلٌ عن الغائب بأمره، فأقرَّ الحاضرُ بالكفالة، وأنكرَ الدين، فأقام المدَّعي البيِّنة أن له على الغائب ألف درهم، تقبل بيّنته في هذه الصورِ كلِّها، ويثبت الحقُّ على الغائب والحاضر، حتى إذا حضرَ الغائبُ لزمه، ولا يحتاج إلى إعادة البيِّنة.

والثاني: أن يكون ما يدَّعيه عليهما شيئين، مثل أن يدَّعي القاذفُ أنّه عبدُ فلان، فيجب عليه أربعونَ سوطاً، فأقامَ المقذوفُ البيِّنةَ أن مولاه الغائبُ قد أعتقه فيجبُ عليه ثمانون سوطاً.

أو قال المشهود عليه: الشاهدان عبدان، فأقامَ المدَّعي البينةَ أنَّ مولاهما أعتقَهما، وهو يملكُهما فإن بيِّنَته تقبل، ويثبتُ العتقُ على الغائب؛ لأنَّ الحقَّين كشيء واحد، إذ لا تنفكُّ أحدُهما عن الآخر؛ لأنَّ ولايةَ الشهادةِ لا ينفكُّ عن الحرّ، وحدُّ الحرِّ لا ينفكُّ عن الأحرار، وزيادة البسطِ في «التبيين»(١)، و«البحر»(٢).

[1]قوله: **من فلانِ الغائب**؛ زادَ في «الفتح»(٣): وهو يملكُها؛ لأنَّ مجرَّدَ الشراءِ لا

---

(١) «تبيين الحقائق»(٤: ١٩٢).

(٢) «البحر الرائق»(٦: ٢٠ - ٢١).

(٣) «فتح القدير»(٦: ٤٠٣).

فإن كان شرطاً لا يصحُّ، ويقرضُ مالَ اليتيم، ويكتبُ ذِكْرَ الحقّ

(فإن كان شرطاً لا يصحُّ): أي إن كان ما يدَّعي على الغائبِ شرطاً لِمَا يَدَّعي على الحاضرِ، كما إذا ادَّعى عبدٌ على مولاهُ أنَّه علَّقَ عتقَهُ بتطليقِ زيدٍ زوجتَه، وأقامَ بيِّنةً على التَّطليقِ بغيبةِ زيدٍ، اختلفَ فيه المشايخُ ﷺ والصَّحيحُ[1] أنَّه لا يُقْبَلُ، وإنَّما يقبلُ في السَّببِ دونَ الشَّرطِ؛ لأنَّ السَّببَ أصلٌ بالنسبةِ إلى المسببِ فيكون الحاضرُ نائباً عن صاحبِ السَّبب، وهو الغائبُ كالوكيل، ولا كذلك إذا كان شرطاً، وإنَّما لا يقضي عنِ الغائبِ في صورةِ الشَّرطِ إذا كان فيه إبطالُ حقِّ الغائبِ، أمَّا إذا لم يكنْ كما إذا علَّق طلاقَ امرأتِهِ بدخولِ زيدٍ في الدَّارِ تُقْبَل.

(ويقرضُ[2] مالَ اليتيم، ويكتبُ ذِكْرَ الحقّ)

يثبتُ الملك؛ لاحتمالِ كونِها لغيرِ البائع وهو فضولي(١).

[١]قوله: والصحيح؛ هذا مقابلُ ما حكاهُ في «الفتح»(٢)، وغيره: عن بعض المتأخِّرين كفخرِ الإسلام ﷺ والأُوزْجَنْدِيّ ﷺ أنّهم أفتوا فيه بانتصابِ الحاضرِ خصماً، فالشرطُ عندهم كالسَّبب؛ لأنَّ دعوى المدّعي كما يتوقَّفُ على السبب كذلك يتوقَّفُ على الشرط.

[٢]قوله: ويقرض؛ يعني يستحبُّ للقاضي الإقراض؛ لأنّه لكثرةِ أشغاله لا يمكنه أن يباشرَ الحفظ بنفسه، فلا بُدَّ له من الدفعِ لغيره، والدفعُ بالقرضِ أنظر لليتيم ونحوه، لكونه مضموناً، والوديعةُ أمانة، ولا يقرضُ إلاَّ مَن يعرفه بالدِّيانةِ والأمانة، ويكتبُ عليه ذلك ويحفظُهُ خوفَ النسيان؛ لكثرةِ أشغاله.

وفي «البناية» معزياً إلى تاجِ الشريعة: «يقرضُ القاضي من الثقات، والثقةُ المليء الحسن المعاملة، وفي «الأقضية»: إنّما يملكُ القاضي الإقراض إذ لم يحصل غلبة لليتيم، أمّا إذا وجدَ فلا يملكه، هكذا روي عن محمّد ﷺ»(٣).

وينبغي أن يشترطَ لجوازِ إقراض القاضي عدمُ وصيِّ اليتيم، فإن كان له وصيٌّ، ولو منصوبَ القاضي لم يجزْ؛ لأنّه من التصرُّفِ في ماله، وهو ممنوعٌ عنه مع وجودِ

---

(١) ينظر: «رد المحتار»(٥: ٤١٠).

(٢) «فتح القدير»(٦: ٤٠٣).

(٣) انتهى من «البناية»(٧: ٦٤).

....

يجوزُ للقاضي إقراضَ مالِ اليتيم ؛ لأنَّه محافظةٌ[١] ، والقاضي[٢] قادرٌ على أخذِهِ متى شاء ، ولا يجوزُ للوصيّ

وصيّة. كما في «بيوع» «القُنْية»[١] ، وهو الصحيحُ. كما في «جامع الفصولين»[٢]. كذا في «البحر»[٣].

فإن قيل : إذا لم يجز الإقرارُ من القاضي ، والوصيُّ ممنوعٌ منه ، فامتنعَ النظر لليتيم.

قلنا : أفتى في «وصايا» «الفتاوى الخيرية»[٤] : بأنَّ للوصيِّ إقراضُ مالِ اليتيمِ بأمرِ القاضي أخذاً ممّا في «وقف» «البحر»[٥] عن «القُنْية» من أنّ للمتوليِّ إقراضُ مالِ المسجدِ بأمرِ القاضي ، قال : والوصيُّ مثلُ القيّم ، لقولهم : الوصيةُ والوقفُ أخوان ، فلم يمتنع النظرُ لليتيم بهذه الجهة.

[١]قوله : **لأنّه محافظة** ؛ يعني لأنَّ المالَ بالقرض يكون محفوظاً مضموناً ، والقاضي قد يعجزُ عن الحفظِ بنفسه لكثرةِ أشغاله ، وبالوديعةِ وإن حصلَ الحفظُ لكن لم تكن مضمونةً بالهلاكِ بخلاف القرض.

[٢]قوله : **والقاضي**... الخ ؛ دفع دخل مقدَّر ، تقريرُهُ : أنّا نُسَلِّم أنَّ المالَ بالقرضِ يكون محفوظاً مضموناً ، لكن لم يؤمن من التَّوَى لجحودِ المستقرض ، وحاصلُ الدفع أنَّ القاضي يقدرُ على أخذِ المال من المستقرض ؛ لكونِه معلوماً ، وبالكتابةِ يحصلُ الحفظ ، وينتفي النسيان.

[٣]قوله : **ولا يجوز** ؛ أي إقراضُ مالِ اليتيم للموصيّ ، فلو فعلَ لا يعدُّ خيانة ، فلا يعزلُ به ، وكذا ليس له أن يستقرضَ لنفسِهِ على الأصحّ ، فلو فعل ثمّ أنفقَ على اليتيم مدَّةً يكون متبرِّعاً إذا صار ضامناً ، فلا يتخلَّصُ ما لم يرفع الأمرَ إلى الحاكم ويملك الإيداع والبيع نسيئة. كذا في «البحر»[٦].

---

(١) «قنية المنية»(١٩٦ /ب).
(٢) «جامع الفصولين»(٢ : ١٨).
(٣) «البحر الرائق»(٧ : ٢٣).
(٤) «الفتاوى الخيرية»(٢ : ٢٢٠).
(٥) «البحر الرائق»(٥ : ٢٥٩).
(٦) «البحر الرائق»(٧ : ١٤). وينظر : «رد المحتار»(٥ : ٤١٨)

لعدم قدرتِهِ[١] على الأخذِ، وكذا الأبُ في الأصحّ[٢]، فلو فعل يَضْمَن، وإذا أقرضَ القاضي كتبَ في ذلك وثيقةً.

[١]قوله: **لعدم قدرته**؛ معنى أنّ الحفظَ والضمانَ وإن كان موجودين بالإقراضِ هاهنا إلا أنَّ مخافةَ الهلاك مانعةٌ عن الجواز؛ لعدمِ كون الوصيِّ قادراً على الأخذ، فإنّه ليس كلُّ قاضٍ يعدل، ولا كلُّ بيِّنةٍ تعدل.

[٢]قوله: **في الأصح**؛ لعجزِهِ عن الاستخراج، وفي رواية: إنّه كالقاضي؛ لأنَّ ولايةَ الأبِ تعمُّ النفسَ والمال، كولايةِ القاضي، وشفقتُهُ تمنعُهُ من تركِ النظر له، والظاهرُ أنّه يقرضُهُ ممّن يأمن جهوده.

قال في «المنح»[١]: وفي الأب روايتان: أظهرهما أنّه كالوصي، وهو الصحيح، كما في «الخانية»، وفي «الخلاصة» و«خزانة الفتاوى»: الصحيحُ أنّ الأبَ كالقاضي، فقد اختلفَ التصحيح، والمعتمدُ ما في المتون. انتهى.

وقال العَيْنِيُّ ﷺ في «شرح الكنز»[٢]: قال شمسُ الأئمّة ﷺ: في الأب روايتان: أظهرهما أنّه ليس له أن يقرض، وهل يقرضُ لنفسِه، فقيل: له ذلك، وعن الحسنِ ﷺ عن أبي حنيفة ﷺ ليس له ذلك. انتهى.

(١) «منح الغفار»(ق٢: ١٠٧/ب).

(٢) «رمز الحقائق»(٢: ٩٢).

باب التحكيم[1]

[1]قوله: باب التحكيم؛ لَمَّا كان التحكيمُ من فروع القضاء، وكان أحطَّ رتبةً منه، فإنَّ القاضي يقضي فيما لا يقضي المُحَكِّم؛ لاقتصار حكمِه على مَن رضيَ بحكمه، وعمومُ ولاية القاضي، أخَّرَه في الذكر، التحكيم في اللغة: بازد اشتن ستوررا ازايخه خواهد وحاكم كَروايندك كسى رادرمال خوليش. كذا في «الصراح».

فيقال: حكَّمتُ الرجلَ بالتشديد: فوَّضتُ الحكم إليه. كذا في «المصباح»[1]، وفي الاصطلاح: تولية الخصمين فصاعداً حاكماً يحكمُ بينهما.

وركنه: اللَّفظُ الدَّالُ عليه: كاحكم بيننا، أو جعلناك حكماً، أو حكّمناك في كذا، مع قبول الآخر، فلو لم يقبلْ لم يجزْ حكمُه إلاَّ بتجديدِ التحكيم. كذا في «البحر»[2] نقلاً عن «المحيط».

وشرطه:

١. من جهةِ المُحَكِّم: - بالكسر - العقلُ لا الحريّة، فتحكيمُ العبدِ والمكاتَب والمأذون صحيح، [ولا يشترط] الإسلام [فيه]، فصحَّ تحكيمُ ذميٍّ ذمياً؛ لأنّه أهلٌ للشهادة بين أهل الذمَّةِ دون المسلمين، وتحكيمُ المرتدِّ موقوفٌ عند أبي حنيفةَ ﷺ، فإنّ حكمَ ثمَّ قتلَ أو لَحِقَ بطل، وإن أسلم نفذ، وعندهما: جائزٌ بكلِّ حال. كذا في «المحيط».

٢. ومن جهةِ المُحَكَّم: - بالفتح -: صلاحيّته للقضاء بكونِه أهلاً للشهادة، فلو حكَّما عبداً أو صبيّاً أو ذميّاً أو محدوداً في قذفٍ لم يصحّ.

وهو مشروعٌ بالكتابِ والسنّة والإجماع:

١. أمّا الكتاب: فقوله جَلَّ جَلَالُهُ: ﴿ وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَٱبْعَثُوا۟ حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِۦ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَآ إِن يُرِيدَآ إِصْلَٰحًا يُوَفِّقِ ٱللَّهُ بَيْنَهُمَآ ﴾[3]، والمرادُ منه تحكيمُ الزوجين؛ لاختيارِ الفرقة.

٢. وأمّا السنّة: فما رُوِي عن قتيبة قال: حدّثني يزيد، وهو ابن المقدام بن شريح

---

(١) «المصباح المنير»(ص١٤٥).

(٢) «البحر الرائق»(٧: ٢٤).

(٣) النساء: ٣٥.

وصحَّ تحكيمُ الخصمينِ مَن صلحَ قاضياً ولـزمَهما حكمُهُ بالبيِّنة، والنُّكولِ، والإقرارِ، وإخبارُهُ بإقرارِ أحدِ الخصمينِ وبعدالةِ شاهدين حال ولايتِهِ

(**وصحَّ**[1] **تحكيمُ الخصمينِ مَن صلحَ**[2] **قاضياً ولزمَهما حكمُهُ**[3] **بالبيِّنة، والنُّكولِ، والإقرارِ، وإخبارُهُ**[4] **بإقرارِ أحدِ الخصمينِ وبعدالةِ شاهدين حال ولايتِهِ**): أي صحَّ إخبارُهُ بإقرار أحدِ الخصمينِ وبعدالةِ الشاهدينِ في زمانِ ولايتِه؛ لأنَّ إخبارَهُ بإقرار حال ولايتِهِ قائمٌ مقامَ شهادةِ رجلينِ بخلافِ ما إذا أُخْبِرَ بعدَ الولاية؛ لأنَّه التحقَ بواحدٍ من الرَّعايا فلا بُدَّ من الشَّاهدِ الآخر

ابن هاني عن أبيه المقدام عن أبيه شريح بن هاني عن أبيه هاني أنّه لَمَّا وفدَ إلى رسول الله ﷺ وسمعَهم وهم يُكنُّون هانئاً أبا الحكم، فدعاهُ رسول الله ﷺ، فقال له: «إنَّ الله هو الحكمُ، وإليه الحكمُ، فَلِمَ تكنّى أبا الحكم، قال: إنَّ قومي إذا اختلفوا في شيءٍ أتوني فحكمتُ بينهم فرضيَ كلا الفريقين، قال: ما أحسن من هذا، فما لك من الولد، قال لي: شريح وعبد الله ومسلم، قال: فمَن أكبرهم؟ قال: شريح، قال: فأنت أبو شريح، فدعا له ولولده»[1]، رواه النَّسائي.

٣. وأمّا الإجماعُ: فالصَّحابة ﷺ كانوا مجمعين على جوازه.

[١] قوله: وصحّ؛ لما ذكرنا من الآية والحديث؛ ولأنّ لهما ولاية على أنفسهما، فصحَّ تحكيمهما، وينفذ حكمُه عليهما؛ لأنّه بمنْزلةِ الحاكم في حقّهما.

[٢]قوله: مَن صلح قاضياً؛ لأنَّ الحكم بينهما بمنْزلة القاضي، يشترطُ فيه ما يشترط في القاضي من كونِه أهلاً للشهادة، فلو حكّما عبداً أو صبيّاً أو محدوداً في قذفٍ لم يصحّ كما مرّ، ويشترطُ الأهليّة وقتَ التحكيمِ ووقت الحكم، فلو حكَّما عبداً فعُتِق، أو صبيّاً فبلغ، أو ذميّاً فأسلم، ثمَّ حكم لا ينفذُ حكمُه، ويشترط أيضاً كون الحَكَم معلوماً، فلو حكَّما أوّل مَن يدخل المسجد لم يجزْ إجماعا؛ للجهالة.

[٣]قوله: لزمهما حكمه؛ أي حكم الحكم؛ لأنَّ حكمَه صدر عن ولاية عليهما كما أنَّ القاضي إذا حكم ثمَّ عزلَ فحكمُه لازم.

[٤]قوله: وإخباره؛ أي وصحَّ إخبارُ الحكمِ بإقرارِ أحد الخصمين مثلاً إذا قال

---

(١) في «سنن النسائي الكبرى»(٣: ٤٦٦)، وغيرها.

ولكلٍّ منها أن يرجعَ قبلَ حكمِه، ولا يصحُّ حُكْمُ المُحَكَّمِ والمولَى لأبويه وولدِهِ وعرسِهِ، ولا التَّحكيمُ في حدٍّ وَقَوَدٍ

وبخلاف ما إذا أُخبر بأنَّه قد حَكَمَ؛ لأنَّه[1] إذا حَكَمَ انعزل، فلا يُقْبَلُ إخبارُه.

(**ولكلٍّ منها أن يرجعَ قبلَ حكمِه**[2]، **ولا يصحُّ حُكْمُ المُحَكَّمِ والمولَى لأبويه ووليِدِهِ وعرسِهِ**)، كما لا يصحُّ الشَّهادةُ لهؤلاء[3]، (**ولا التَّحكيمُ في حدٍّ وَقَوَدٍ**)؛ لأنَّهما[4] لا يَمْلِكان دَمَهُما؛ ولهذا لا يملكان إباحتَه

لأحد الخصمين: قد أقررتَ عندي لهذا بكذا وكذا، أو قال: قامت عندي عليك بيّنة بهذا بكذا وكذا، فعدلوا عندي، وقد ألزمتك ذلك، وحكمتُ به لهذا عليك، وأنكر المقضيّ عليه ذلك، يقبلُ قول الحكم، ولا يلتفتُ إلى إنكار المنكِر، وينفذُ القضاء عليه؛ لأنَّ الحَكم يملك إنشاء الحُكم عليه بذلك، فيملكُ الإقرارَ كالقاضي، وقد سبق ذكره بخلافِ ما إذا أخبرَ بالحُكم، وقال: كنتُ حكمتُ عليك لهذا بكذا لا يصدّق ولا يقبل.

[1] قوله: **لأنّه إذا حكم**؛ صار معزولاً، كما سيذكره الشارح ﷺ، كما إذا قال القاضي بعد عزله: حكمتُ عليك لهذا بكذا، لا يقبل قوله؛ لكونه معزولاً.

[2]قوله: **ولكلٍّ منهما أن يرجعَ قبل حكمه**؛ لأنَّ الحَكَمَ مقلَّدٌ من جهة الخصمين، فكان لهما عزله قبل أن يحكمَ بينهما كما أنّ المقلَّدَ من جهةِ الإمامِ له أن يعزلَه قبل أن يحكمَ بين الناس.

فإن قيل: التحكيمُ قد ثبتَ بتوافقهما، فوجب أن لا يعزلَ بأحدهما.

أجيب: بأنّ التحكيمَ من الأمورِ الجائزةِ دون اللازمة، فيستبدُّ أحدُهما بنقضه كالمضاربة والشركة والوكالة.

[3]قوله: **كما لا يصحُّ الشهادة لهؤلاء**؛ لمكان التهمة، فكذلك لا يصحُّ حكم المحكّم والمولى، بخلاف ما إذا حكمَ عليهم؛ لأنّه تقبل؛ لشهادته عليهم؛ لانتفاء التهمة.

[4]قوله: **لأنّهما**...الخ؛ تحريره: إنَّ تحكيمهما بمنْزلة الصلح بدلالة أنّهما توافقا على الرِّضاء بما يحكمُ به عليهما، وليس لهما ولايةٌ على دمِّهما؛ ولهذا لا يملكان إباحته، وكذا لا يصحُّ التحكيمُ في دِيَةٍ على العاقلة؛ لأنّهما ليس ولايةٌ لهما على

قالوا: وصحَّ في سائر المجتهداتِ ولا يُفْتَى به دفعاً لتجاسر العوامّ

(قالوا: وصحَّ في سائرِ المجتهداتِ[١] ولا يُفْتَى به دفعاً لتجاسرِ العوامّ)، قال مشايخنا ﷺ: إن تخصيصَ هذه الرِّوايةِ، وهي قولُهُ: ولا يجوزُ التَّحكيمِ في الحدودِ والقصاصِ يدلُّ على جوازِ التَّحكيمِ في جميعِ المجتهداتِ كالكناياتِ، وفَسْخِ اليمينِ، ونحوِهما، وتخصيصُ[٢] المجتهداتِ بالذِكرِ ليس لنفي الحكمِ عمَّا عداه، فإن ما ليس للاجتهادِ فيه مساغٌ: كالثَّابتِ بالكتابِ، أو السنَّةِ المشهورةِ، أو الإجماع لا شكَّ في صحَّةِ التَّحكيمِ في ذلك

العاقلة، فلا ينفذُ حكم مَن حكَّماه على عاقلته، ولا على القاتل؛ لعدمِ التزامِ العاقلة حكمه. كذا في «التبيين»(١)، وغيره.

وقال شمسُ الأئمّة ﷺ: من أصحابنا مَن قال: التحكيمُ في حدِّ القذفِ والقصاص جائز، وذكر في «الذخيرة» عن «صلح» «الأصل»: إنّ التحكيمَ في القصاصِ جائز؛ لأنَّ الاستيفاء لهما، وهما من حقوق العباد، فيجوزُ التحكيمُ كما في الأموال، وذكر الخصَّافُ ﷺ أنَّ التحكيمَ لا يجوز في الحدود والقصاص، واختاره القُدُوريُّ ﷺ(٢)، وصاحب «الهداية»(٣)، و«الكنز»(٤)، وغيرهم من أصحابِ المتون.

[١]قوله: في سائر المجتهدات؛ أي المسائل التي يسوغُ فيها الاجتهاد، ومن حقوقِ العبادِ كالطلاق، والعتاق، والكتابة، والكفالة، والشفعة، والنفقة، والديون، والبيوع، بخلافِ ما خالف الكتابَ أو السنّة أو الإجماع، وقال البِرْجَنْدِيُّ: صرَّحَ في «المبسوط» أنّه ليس للمُحَكّم أن يلاعنَ بين الزوجين.

وفي «الخزانة»: إنَّ حكمَ المُحَكَّم لا ينفذُ على الغائب، وفيها أيضاً: إذا حلف بطلاقِ امرأةٍ أن لا يتزوَّجها، فحَكَّما رجلاً شافعياً، فحكمَ ببطلان اليمينِ لا ينفذُ في حقِّهما، وقيل: ينفذ، حتى لا يكون لأحدِهما ولايةُ الرجوعِ عن حكمِه، لكن هذا يكتمُ، ولا يفتى به كيلا يتجاسرَ العوامُّ إلى مثل هذا. انتهى.

[٢]قوله: وتخصيص...الخ؛ هذا دفعُ ما يمكن أن يتوهَّم أنَّ تخصيصَ المجتهدات

(١) «تبيين الحقائق»(٤: ١٩٤).
(٢) في «مختصره»(ص١١١).
(٣) «الهداية»(٣: ١٠٨).
(٤) «كنز الدقائق»(ص١١٦).

وحُكْمُ المُحَكَّمِ في دمٍ خطأً بالدِّيَةِ على العاقلةِ لا يَنْفُذُ، وكذا إن حَكَمَ بالدِّيَةِ على القاتلِ لا يَنْفُذُ أيضاً، فينقضُهُ القاضي، ويقضي على العاقلةِ

وفائدتُه[1] إلزامُ الخصمِ، فإنَّ المتبايعينَ إن حَكَّما حَكَماً، فالمُحَكَّمُ يُجبِرُ المشتري على تسليمِ الثَّمنِ، والبائعَ على تسليمِ المبيعِ، ومَن امتنعَ يحبسُه، فذَكَرَ المجتهداتِ ليدلَّ على غيرِها بالطَّريقِ الأولى.

وإذا صحَّ[2] التَّحكيمُ في جميعِ القضايا لا يُفْتَى بذلك؛ لأن العوامَّ يتجاسرونَ على ذلك، فيَقِلُّ الاحتياجُ إلى القاضي، فلا يَبْقَى لحكّامِ الشَّرعِ رَوْنَق، ولا للمحكمةِ جمالٌ وزينة.

(**وحُكْمُ المُحَكَّمِ في دمٍ خطأً بالدِّيَةِ على العاقلةِ**[3] **لا يَنْفُذُ**)؛ لأنَّ العاقلةَ لم يُحَكِّموه، (**وكذا إن حَكَمَ بالدِّيَةِ على القاتلِ لا يَنْفُذُ أيضاً، فينقضُهُ القاضي، ويقضي على العاقلةِ**)

بالذكر؛ لاحترازٍ عمّا عداها، فلا يكون الحكمُ فيها كذلك، والحال أنّه ليس كذلك، وتقريرُ الدَّفعِ ظاهرٌ غير محتاجٍ إلى التحرير.

[1] قوله: **وفائدته**؛ دفعُ دخلٍ مقدّر تقريره: أنّ ما ثبت بالكتاب أو السنّة أو الإجماع لم يسوغْ فيه الاجتهاد، فما فائدةُ التحكيم؟

حاصلُ الجواب: إنّ فائدةَ التحكيمِ في هذه الصورة أن يكون الحُكْمُ لازماً للخصم، وينفذُ الحُكْمُ على المحكوم عليه بجبرِ المُحَكّم.

[2] قوله: **وإذا صح**...الخ؛ قال الصدر الشهيد ﷺ في «شرح أدب القضاء»(1): هو الظاهرُ عند أصحابنا، وهو الصحيح، لكنَّ مشايخنا امتنعوا عن هذه الفتوى، وقالوا: يحتاجُ إلى حكم الحاكم، كما في الحدود والقصاص، كيلا يتجاسرَ العوامُّ فيه. انتهى.

[3] قوله: **على العاقلة**؛ خرج به ما إذا كانت على القاتل بأن يثبتَ القتلُ بإقراره، أو ثبتت جراحةٌ ببيّنته وأرشها أقلّ ممّا تحملُهُ العاقلة خطأً كانت الجراحةُ أو عمداً أو كانت قدر ما تتحملّه، ولكن كانت الجراحة عمداً لا توجب القصاص، فينفذ حكمُه. كذا في «البحر»(2)، وغيره.

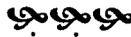
(1) «شرح أدب القاضي»(٤: ٦٣ - ٦٤).

(2) «البحر الرائق»(٦: ٢٦).

فإن رُفِعَ إلى قاضٍ آخرَ إن وافقَ مذهبَهُ أمضاهُ، وإلاَّ أبطلَهُ.

لأنَّ حُكْمَ المُحَكِّمِ مخالفٌ لمذهبِ القاضي، ومخالفٌ للنَّصّ، وهو قوله ﷺ: «قوموا فَدُوه»(١)، ومعنى عدمُ نفاذِهِ على العاقلةِ أن للمُحَكِّمَ لا يكونُ ولايةُ طلبِ الدِّيةِ من العاقلةِ، وحبسُهم إن امتنعوا، (**فإن رُفِعَ إلى قاضٍ آخرَ إن وافقَ مذهبَهُ أمضاهُ**[1]، **وإلاَّ أبطلَهُ**): أي ليس حُكْمُ المُحَكَّمِ مثلَ حُكْمِ المولى في أن المختلفَ فيه يصيرُ مجمعاً عليه.

[١]قوله: **أمضاه**؛ لأنّه لا فائدةَ في نقضِهِ ثم إبرامه على الوجه الذي حكمَ به المُحَكِّم، وفائدةُ إمضائه أنّه لو رفعَ إلى حاكمٍ يخالفُ مذهبَه لم يتمكّن من نقضِهِ، ولو لم يُمْضِ لتمكَّن؛ لأنّ إمضاءَ الأوّل بمنْزلةِ حكمِ نفسه، كما ذكروه.

وإلاَّ أي وإن لم يوافقْ مذهبَه عطَّله؛ لأنَّ حكمَ المُحَكِّم لا يلزم القاضي؛ لعدم التحكيم منه بخلاف حكم الحاكم، فإنّه لا يبطل الثاني، وإن كان مخالفاً لمذهبه؛ لكون ولايته عامّة، فكان قضاؤه حجَّةً في حقِّ الكلّ فلا يجوز للثاني ردّه.

(١) وهو حديث حمل بن مالك ﷺ، ولفظه: عن المغيرة بن شعبة ﷺ قال: «ضربت امرأة ضرتها بعمود فسطاط وهى حبلى فقتلتها، قال: وإحداهما لحيانية، قال: فجعل رسول الله ﷺ دِيَة المقتولة على عصبة القاتلة، وغرة لما في بطنها، فقال رجل من عصبة القاتلة: أنغرم دِيَة من لا أكل ولا شرب ولا استهلَّ فمثل ذلك يطل، فقال رسول الله ﷺ: أسجع كسجع الأعراب، قال: وجعل عليهم الدية» في مسلم (٣: ١٣١٠)، واللفظ له، وفي روايات أخرى صرح باسم حمل بن مالك ﷺ، وذكرت القصة بطولها، وفي «مسند أحمد»(١: ٣٦٤)، و«سنن ابن ماجه»(٢: ٨٨٢)، وغيرها.

مسائل شتى

وليس لصاحبِ سُفْلٍ عليه علوٌّ لآخرَ أن يَتِدَ فى سفلِه، أو ينقب فيه كُوةً بلا رضا الآخرِ

مسائل شتى[1]

(وليس لصاحبِ سُفْلٍ[2] عليه علوٌّ لآخرَ أن يَتِدَ[3] فى سفلِه، أو ينقب فيه كُوةً بلا رضا الآخرِ[4]

[١]قوله: مسائل شتّى؛ أي هذه مسائلُ شتَّى أي متفرِّقة، جمع شتيت: بمعنى التفرُّق، وقد ذكرناه سابقاً.

[٢] قوله: سفل؛ السُّفلُ خلاف العلو بالضمِّ والكسر لغة، وابنُ قُتَيْبَةَ يمنعُ الضمّ. كذا في «المصباح»(١).

[٣]قوله: أن يَتِد؛ أصلُه يوتد، حذفت الواو؛ لوقوعها بين الياء والكسرة، من باب ضَرَب، والوتدُ: كالخازوق: القطعةُ من الخشبِ أو الحديدِ يُدَقُّ في الحائط؛ ليعلّق عليه شيء، أو يربط به. كذا في «البحر»(٢)، وقال في «الصراح»: وَتِدَ بكسر الأوسط: ميخ أو تاوج، وبفتح التاء لغةٌ فيه، وكذلك الودّ في لغة. انتهى.

[٤] قوله: بلا رضى الآخر؛ وهو صاحب العلو، وكذا ليس لصاحب العلو أن يبنيَ عليه، أو يضع جذعاً لم يكن قبل، وأن يحدث كنيفاً بلا رضا صاحب السُّفل، وهذا كلّه عند الإمام؛ لكونه من أسباب الضرر، فيمنعه القاضي، وعندهما: لكلٍّ من صاحبِ السُّفل والعلوّ فعل ما لا ضرر فيه بلا رضاءِ الآخر، إذ هو تصرُّفٌ في ملكه.

وقيل: قولهما تفسيرٌ لقول الإمام؛ لأنّه إنّما يمنع ما فيه ضرر ظاهر، إذ ما لا ضرر فيه فلا خلافَ بينهم.

وقيل: بينهما خلاف، وهو في محلٍّ وقوع الشكّ، فما شُكَّ في عدم ضرره كوضعِ مسمارٍ صغير يجوز اتّفاقاً، وما فيه ضررٌ ظاهرٌ كفتح الباب، ينبغي أن يمنعَ اتّفاقاً، وما يُشَكُّ في التضرر به كدقِّ الوتدِ في الجدارِ أو السقف فعندهما: لا يمنع؛ لأنّ الأصل هو الإباحة؛ لأنه تصرُّف في ملكه، وهو يقتضي الإطلاق.

---

(١) «المصباح المنير»(ص٢٨٠).

(٢) «البحر الرائق»(٦: ٢٩).

ولا لأهلِ زائغةٍ مستطيلةٍ تنشعبُ منها مستطيلةٌ غيرُ نافذةٍ

ولا لأهلِ زائغةٍ مستطيلةٍ[1] تنشعبُ منها مستطيلةٌ غيرُ نافذةٍ

والأصلُ عنده الحظر؛ لأنّه تعلّق به حقٌّ محترمٌ للغير، والإطلاق يعارضُهُ الرضا، فإذا أشكلَ لا يزولُ المنع، على أنّه لا يعرّى عن نوع ضررٍ بالعلو، من توهينِ البناءِ أو نقضه، فيمنع عنه؛ ولذا لا يملك صاحبُ السُّفلِ أن يهدمَ الجدارَ أو السقف، فكذا نقضُه، وقول الإمامِ قياسٌ.

وهل يمنعُ صاحب العلوّ عن التصرُّف في العلّو، اختلف المشايخُ على قول الإمام، قال الصدر الشهيد ﷺ: المختار أنّه إذا أشكل أنّه يضرُّ أم لا لا يتملّك، وإذا علم أنّه لا يضرّ يملك، والتفصيل في المبسوطات، فارجعْ إليها إن شئت(١).

[١]قوله: **زائغة مستطيلة**؛ الزائغةُ: الطريق الذي حادَ عن الطريق الأعظم، من زاغت الشمسُ إذا مالت، والمستطيلة: بمعنى الطويلة، من استطالَ بمعنى طال. كذا في «البحر»(٢)، وصورتُها هكذا: فالدَّارُ الثالثةُ التي في ركنِ المنشعبة الغير النافذة:

لو كان بابُها في الطويلةِ يُمْنَعُ صاحبُها من فتحِ الباب في المنشعبةِ الغير النافذة؛ لأنّه ليس له حقُّ المرور فيها.

ولو كان بابُها في المنشعبة لا يمنعُ من فتح باب في الأولى الطويلة.

وأمّا الدار الرابعة التي في ركن الثاني:

لو كان بابُها في الطويلةِ يمنعُ من فتحه في المنشعبةِ المذكورة.

وكذا لو كان في المنشعبةِ يمنع من فتحه في الطويلة؛ لأنّه ليس له حقُّ المرور في ذلك الجانب، لكن هذا إذا كانت الطويلةُ غير نافذة، بخلاف النافذة؛ لأنَّ له حقُّ المرور حينئذٍ من الجانبين.

وأمّا الدارُ الخامسة في الركن الأوّل من المنشعبة الثانية النافذة، فلصاحبها فتحُ الباب فيها، وفي الطويلةِ بخلاف الدار السادسةِ التي في الركن الثاني من المنشعبة المذكورة، فإنّه لو كان بابُه فيها يمنعُ من الفتح في الطويلةِ لو كانت غير نافذة، ولا يمنع لو كانت نافذة.

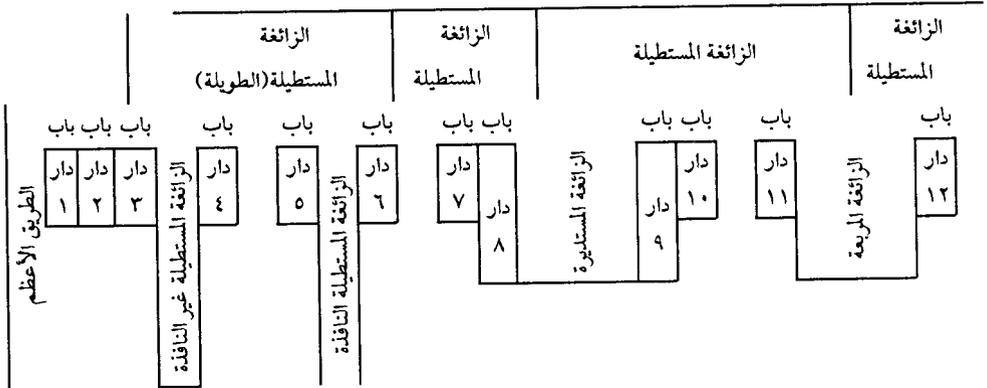
---

(١) ينظر: «مجمع الأنهر»(٢: ١٧٥).

(٢) «البحر الرائق»(٧: ٣١).

فتحُ باب

فتحُ باب[1]

وأمّا الدور التي في الزائغةِ المستديرة فيجوزُ فتحُ بابها في تلك السّكّة، في أيِّ موضعٍ شاء صاحب الدار؛ لأنّها سِكّةٌ واحدة، وهي بينهم بالشركة، ألا ترى أنّ لهم وجوبُ الشفعة لهم جميعاً، بخلافِ الدورِ التي في الزائغةِ المربّعة؛ فإنَّ الزائغةَ المربَّعة كسِكّة في سِكّة، فليس لأهلِ الأولى الفتحُ في المربّعة، فاحفظ.

[1]قوله: فتح باب؛ لأنَّ الباب يقصدُ للمرور، ولا حقُّ لهم في الدخول فيها؛ لكونها غير نافذة، وإنّما ذلك لأهلها على الخصوص، ألا ترى أنّه لو بيعت دارٌ منها كان حقُّ الشفعةِ لهم لا لأهلِ الأولى، بخلاف ما إذا كانت الزائغةُ المنشعبة نافذة؛ لأنَّ الاستطراقَ حقُّ العامّة، وهم من جملتهم.

وقيل: لا يمنعون من فتح الباب؛ لأنَّ له أن يرفعَ جداره كلّه بالهدم، فأولى أن يكون له نقضُ البعض، والصحيحُ هو الأوّل، ولكن هذا فيما إذا أراد أن يفتحَ الباب للمرور، فإنّه يمنعُ استحساناً، وإذا أرادَ به الاستضاءةَ والريح دونَ المرورِ لم يمنعْ من

في القصوى، وفي مستديرةٍ لَزِقَ طرفاها بالمستطيلة لهم ذلك في القصوى ، ومَن ادَّعى هبةً في وقتٍ فسُئِلَ بيِّنةً ، فقال : قد جَحَدَنِيها فاشتريتُها منه

في القصوى[1]**، وفي مستديرةٍ لَزِقَ طرفاها بالمستطيلة لهم ذلك**[2] **في القصوى)**: أي في المنشعبةِ من الأولى.

وقولُهُ: لَزِقَ طرفاها: أي اتّصلَ طرفاها بالمستطيلةِ، والمرادُ بطرفيها نهايةُ سعتِها، وهذا إذا كانت مثل نصفِ دائرةٍ أو أقلّ، حتَّى لو كانت أكثرَ من ذلك لا يَفْتَح فيها الباب، فلنصوِّرْ صورتين: في الأُوْلَى يكون له فتح البابِ دون الثَّانيةِ، والفرقُ أنَّ الأُولى تصيرُ ساحةً مشتركةً بخلافِ الثَّانيةِ، فإنَّهُ إذا كان داخلُها أوسعَ من مدخلِها يصيرُ موضعاً آخرَ غيرَ تابعٍ للأُولَى.

(ومَن ادَّعى[3] **هبةً في وقتٍ فسُئِلَ بيِّنةً، فقال: قد جَحَدَنِيها فاشتريتُها منه**

ذلك، كذا نقل فخرُ الإسلامِ ﵀ عن الفقيه أبي جعفر ﵀. كذا في «الرمز»(1)، وغيره.

[1] قوله: **في القصوى**؛ أي البعدى، وهي المنشعبةُ من الأولى الغيرُ النافذة، أمّا النافذةُ فلا منع من الفتح فيها؛ لأنَّ لكلِّ واحدٍ حقُّ المرور فيها.

[2] قوله: **لهم ذلك**؛ أي فتحُ بابٍ في حائطِه في أي جهةٍ شاء؛ لأنَّ الزائغةَ لَمّا كانت مستديرة، وهي التي فيها اعوجاجٌ حتى يبلغَ عوجها رأسُ السكّة صارت كلتاهما سكَّةً واحدةً مشتركة، ولكلِّ واحدٍ منهم حقُّ المرورِ في كلّها، ولهذا لو بيعت فيها دارٌ كانت الشفعةُ للكلِّ على السواء، فبفتح الباب لا يحدثُ لنفسه حقاً فلا يمنع.

[3] قوله: **ومَن ادّعى...**الخ؛ صورته: أنَّ زيداً ادّعى داراً في يدِ بكرٍ أنّه وهبها له في وقت كذا، وأنّها ملكُه بطريق التسليم، وجحدَ دعواه ذو اليد، فسألَ القاضي بيِّنةً؛ لإنكارِ المدَّعى عليه، فقال: لي بينة تشهدُ على الشراء؛ لأنّي طلبتُ منه فجحدَ في البيِّنة فاضطررتُ إلى شرائها منه، وأشهدتُ عليه، أو لم يقل المدَّعي ذلك، فبرهنَ على الشراءِ بعد وقت الهبةِ تقبلُ بيِّنته في هاتين الصورتين؛ لإمكان التوفيق.

فإنَّ المدَّعى في الحقيقة هو الشراء بعد الهبة، ولو برهنَ على الشراء قبل وقت الهبةِ لا تقبلُ بيّنته؛ لتحقُّقِ التناقض، فإنّ دعوى الهبة إقرارٌ بأنّ الموهوب ملكُ الواهب قبل الهبة، فلا تقبلُ دعوى الشراءُ وقت الهبة.

---

(1) «رمز الحقائق»(٢: ٩٣ - ٩٤).

أو لم يقلْ ذلك، فأقامَ بيِّنةً على الشِّراءِ بعد وقتِ الهبةِ تُقْبَل، وقَبْلَهُ لا ، ومَن ادَّعى أن زيداً اشترى جاريتَه ، فأنكرَ، وتركَ المدَّعي خصومتَهُ حلَّ له وطؤها ، وصُدِّقَ المقرُّ بقبضِ عشرةٍ، إن ادَّعى أنَّها زيوفٌ أو نَبَهْرَجَةٌ

أو لم يقلْ ذلك[١]، فأقامَ بيِّنةً على الشِّراءِ بعد وقتِ الهبةِ تُقْبَل، وقَبْلَهُ لا)

قولُهُ: فأقام بيِّنةً على الشَّراءِ بعدَ وقتِ الهبةِ تقبل، وقبلَهُ لا؛ يرجعُ إلى الصورتين: أي ما إذا قال: قد جحدنيها، وما إذا لم يقلْ ذلك، فإنّ دعوى الهبةِ إقرارٌ بأن الموهوبَ ملكُ الواهبِ قبل الهبة، فلا تقبلُ دعوى الشِّراءِ قبل وقتِ الهبة. وأمَّا دعوى الشِّراء بعد وقتِ الهبةِ فلا تناقضَ فيها؛ لأنَّها تقرِّر ملكَهُ بعد الهبة.

(ومَن ادَّعى أن زيداً اشترى جاريتَه ، فأنكرَ، وتركَ المدَّعي خصومتَهُ حلَّ له وطؤها)؛ لأنَّه إذا تعذَّرَ للبائعِ حصولُ الثَّمنِ من المشتري فات رضاء البائع، فيستبدّ بفسخِهِ لا سيما إذا جَحَدَ المشتري، فإنَّ جحودَهُ فسخٌ من جهتِه.

(وصُدِّقَ[٢] المقرُّ بقبضِ عشرةٍ): أي إذا قال: قبضتُ من فلانٍ عشرةَ دراهمٍ، (إن ادَّعى أنَّها زيوفٌ أو نَبَهْرَجَةٌ

[١]قوله: أو لم يقل ذلك؛ ومفاده الاكتفاءُ بإمكانِ التوفيق، وهاهنا أقوالٌ أربعة:

الأوّل: إنّه لا بدَّ من التوفيق بالفعل، ولا يكفي الإمكان.

والثاني: كفايةُ الإمكان مطلقاً سواءً كان من المدَّعي أو المدّعى عليه، وتعدُّد وجه التوفيق إذا تحدّد، وهو مختارُ شيخِ الإسلام ﷺ.

الثالث: إنّه يكفي من المدَّعى عليه لا من المدّعي؛ لأنّه مستحقٌّ، وذاك دافع، وهو مختارُ الخُجَنْديّ.

والرابع: كفايةُ الإمكانِ إن اتَّحد، وجه التوفيق لا إن تعدَّدت وجوهه، وهذا الخلافُ يجري في كلِّ موضعِ حصلَ فيه التناقض من المدّعي أو من شهوده، أو من المدّعى عليه، والتفصيل في «البحر»(١).

[٢]قوله: وصدّق المقر...الخ؛ يعني لو أقرّ بقبضِ عشرة دراهمَ من رجلٍ وادَّعى أنّها زيوف أو نَبَهْرَجَة صُدِّقَ ذلك المقرُّ مع يمينِه؛ لأنَّ الدراهمَ تقع عليهما؛ ولهذا لو

(١) «البحر الرائق»(٧: ٣٤).

لا مَن ادَّعى أنها سَتُّوقةٌ، ولا مَن أقرَّ بقبضِ الجيادِ، أو حقِّه، أو الثَّمنِ أو الاستيفاءِ، والزَّيفُ ردٌّ لبيتِ المالِ كالنَّبَهْرَجَةِ للتُّجار، والسَّتُّوقةُ ما غَلَبَ عليه غشُّهُ

لا مَن ادَّعى أنها سَتُّوقةٌ، ولا مَن أقرَّ بقبضِ الجيادِ، أو حقِّه، أو الثَّمنِ أو الاستيفاءِ): أي إذا قال استوفيتُ منه عشرةَ دراهمٍ؛ لأنَّ الاستيفاءَ يدلُّ على الكمال.

(**والزَّيفُ**[1] **ردٌّ لبيتِ المالِ كالنَّبَهْرَجَةِ للتُّجار، والسَّتُّوقةُ ما غَلَبَ عليه غشُّهُ**): الزَّيفُ والنَّبَهْرَجَةُ من جنسِ الدَّراهمِ التي الفضةُ غالبةٌ على الغشِّ إلاَّ أنَّها بالنسبةِ إلى الجيدِ يكونُ فضتُهما أقلّ، إلاَّ أنَّ رداءةَ الزَّيفِ دونَ رداءةِ النَّبَهْرَجَة، فالزيفُ لا يَرُدُّهُ التُجّار، ويجري فيه المعاملةُ إلاَّ أن بيتَ المالِ لا يقبلُه، فإنَّ بيتَ المالِ لا يقبلُ إلاَّ ما هو جيدٌ غايةَ الجودة.

والنَّبَهْرَجةُ يردُّهُ التُجّارُ، والنَّبَهْرَجُ الباطلُ والرَّدِئ من الشَّيء، والدّرهم النَّبَهْرَجُ: قيل: ما بطل سِكَّته، وقيل: الذي فضتُهُ رديئةٌ، وقيل: الغالبُ الفضّةُ، وهو مُعَرَّب نبهره.

تجوَّزَ بهما فيما لا يجوزُ الاستبدالُ به كالصرف والسَّلَم جاز، ولو لم تكن من جنسِ الدراهم كان التجوُّزُ استبدالاً، وهو فيهما لا يجوز، ولو ادّعى أنّها سَتُّوقة لم يصدّق؛ لأنّ السَتُّوقة ليست من جنس الدراهم؛ ولهذا لو تجوز بهما في الصرف والسَّلَم لم يجزْ. كذا في أكثر الكتب.

وقال في «المنح»[1]: لو ادّعى أنّها سَتُّوقة لا يصدّق إن كان البيانُ مفصولاً، وصُدِّقَ لو كان البيانُ منه موصولاً، كما في «النهاية» وغيره، وإن أقرَّ أنّه قبضَ حقّه أو الثمنَ أو استوفى حقَّه صُدّقَ في دعواه الزيافة لو كان بيانه ذلك موصولاً، وإلاَّ لا.

والفرقُ أنَّ في المسائلِ الثلاثِ أقرَّ بقبضِ القدرِ والجودةِ بلفظٍ واحد، فإذا استثنى الجودةَ كان استثناء البعض من الكلّ، فصحَّ موصولاً بقوله: له عليّ ألفٌ إلاَّ مئة.

أمّا إذا أقرَّ بقبضِ عشرةٍ جياد، فقد أتى بكلٍ منهما بلفظٍ على حدة، فإذا قال: لا إنّها زيوف، فقد استثنى الكلَّ من الكلِّ في حقِّ الجودة، وهو باطل، كقوله: له عليَّ مئةُ درهمٍ ودينار إلا ديناراً، كان باطلاً، إن كان موصولاً. كذا في «النهاية» انتهى.

[1]قوله: والزيف؛ الدراهمُ على أربعةِ أنواع: جيادٌ وزيوفٌ ونَبَهْرَجَةٌ وسَتُّوقة،

---

(١) «منح الغفار»(ق٢: ١١٣/ب).

وقولُهُ: ليس لي عليك شيءٌ للمقرِّ بألفٍ يُبْطِلُ إقرارَهُ، وبل لي عليك ألفٌ بعدَهُ بلا حجَّةٍ لغو. فإن قالَ المدَّعى عليه عقيبَ دعوى مال: ما كان لك عليّ شيءٍ قطّ، فأقامَ المدَّعي بيِّنةً على ألف، وهو على القضاء، أو الإبراء، قُبِلَتْ هذه

وفي «المغرب»[1]: لم أجدْهُ بالنُّون.

والسَّتُّوقة: تعريب ستوية: أي داخله نحاس مطليّ بالفضّةِ.

... **(وقولُهُ: ليس لي عليك شيءٌ للمقرِّ بألفٍ يُبْطِلُ إقرارَهُ[2]، وبل لي عليك ألفٌ بعدَهُ بلا حجَّةٍ لغو.**

فإن قالَ المدَّعى عليه عقيبَ دعوى مال: ما كان لك عليّ شيءٍ قطّ، فأقامَ المدَّعي بيِّنةً على ألف، وهو[3] على القضاء، أو الإبراء، قُبِلَتْ هذه)

واختلفوا في تفسير النَّبَهْرَجة، قيل: هي التي تضربُ في غير دارِ السلطان، والزيوف: هي المغشوشة، والسَّتُّوقة: صفْر مموّه بالفضة، وقال عامَّةُ المشايخ: الجياد: فضَّة خالصةٌ تروجُ في التجارات، وتوضعُ في بيت المال.

والزيوفُ ما زيَّفه: أي ردّه بيت المال، ولكن يأخذُه التجّارُ في التجارات، ولا بأسَ بالشراءِ بها، لكن ينبغي أنّ يبيّن البائعُ أنّها زيوف، والنَّبَهْرَجةُ ما يردُّه التجار، والسَّتُّوقة: أن يكون الطاقُ الأعلى والأسفل فضّة، وبينهما صفر، وليس لهما حكمُ الدراهم. كذا في «الخانية» وغيرها، وقد حقّقنا ذلك فيما سبق.

[1] قوله: **في «المغرب»**؛ قال في «المغرب»[1]: البهرج: الدرهمُ الذي فضّته رديئة، وقيل: الذي الغلبةُ فيه للفضّة، وقد استعيرَ لكلِّ رديء باطل، ومنه: بهرجَ دمَه: إذا أهدر وأبطل، عن اللحياني: درهمٌ بنهرج، ولم أجده بالنون. انتهى. وما رويَ عن اللَّحياني مخالفٌ لما في القياس، قال فيه في فصلِ النون: النبهرجة: الزيفُ الرديء. انتهى. وأيضاً المشهور مع النون لا بدونها.

[2] قوله: **يبطل إقراره**؛ لأنَّ الإقرارَ بالدَّين يرتدُّ بردّ المُقَرِّ له، وكذا الإقرارُ بالعين، ولو صُدِّق ثمَّ رُدَّ لا يرتدّ. كذا في «الكفاية»[2]، وغيرها.

[3] قوله: **هو...الخ**؛ أي والحال أنّ المدَّعى عليه برهنَ على أنّه قضاه أو أبراه،

(1) «المغرب»(ص٥٣ - ٥٤).

(2) «الكفاية»(٦: ٤١٢).

وإن زاد على إنكاره، ولا أعرفُك، رُدَّت

خلافاً لزُفر ﷺ؛ لأنَّ القضاءَ يقتضي سبقَ حقٍّ، وكذا الإبراءُ، وقد قال: ما كان لك عليّ شيءٌ فلا يُصَدَّقُ في دعوى القضاء والإبراء.

قلنا: القضاءُ قد يكونُ بلا حقّ، وكذا الإبراء، فإنّ المدَّعي قد يَبْرؤ عن حقٍّ ثابتٍ في زعمِه، وإن لم يكنْ ثابتاً في الحقيقة.

(**وإن زاد على إنكارِه، ولا أعرفُك، رُدَّت**): أي قالَ: ما كان لك عليَّ شيءٌ قطّ أعرفكَ، ثُمَّ أقامَ بيِّنةً على القضاء أو الإبراء، لا تقبلُ لتعذُّرِ التَّوفيق؛ لأنَّهُ لا يكونُ بين اثنينِ أخذٌ وإعطاء، ومعاملةٌ وإبراءٌ بدون المعرفة، وذكَرَ القُدُوريُّ ﷺ: أنَّه تُقْبَلُ أيضاً؛ لأنَّ المحتجبَ[١]، أو المخدرةَ قد يأمرُ بعضَ وكلائِه، بإرضائِهِ، ولا يَعْرِفُه، ثُمَّ يَعْرِفُهُ بعد ذلك، فأمكنَ التَّوفيق[٢].

واعلم أن إمكانَ التَّوفيقِ هل يكفي في دَفْعِ التَّناقُض، أو لا بُدَّ من أن يُصَرِّحَ بالتَّوفيق، اختلفَ فيه[٣] المشايخُ ﷺ

وقيّد بدعوى الإيفاء بعد الإنكار، إذ لو ادَّعاه بعد الإقرارِ بالدَّين، فإن كان كلا القولين في مجلسٍ وإن لم يقبلْ التناقض.

وإن تفرَّقا عن المجلسِ ثمَّ ادّعاه وأقامَ البيِّنةَ على الإيفاءِ بعد الإقرارِ يقبلُ لعدمِ التناقض، وإن ادّعى الإيفاء قبل الإقرارِ لا يقبل. كذا في «البحر»(١) نقلاً عن «خزانة المفتين».

[١]قوله: **المحتجب**؛ قيل: هو مَن لا يراه أحدٌ لعظمته، وقيل: مَن لا يتولّى الأمورَ بنفسه.

والمخدَّرة: هي التي لم تجرِ عادتها بالبروزِ في مجلسِ الحكم.

[٢]قوله: **فأمكن التوفيق**؛ قال في «النهاية»: فعلى هذا لو كان المدَّعى عليه ممَّن يتولّى الأمورَ بنفسِهِ لا تقبلُ بيِّنته، وفي «الكافي» تقبلُ بيِّنتُه على الإبراء فيه، هذا الفصل باتِّفاقِ الروايات. كذا في «الرمز»(٢).

[٣]قوله: **فيه**؛ أي في أنَّ إمكانَ التوفيقِ هل يكفي في دفعِ التناقض، أو لا بدَّ فيه من التصريحِ بالتوفيق، وأيضاً اختلفوا في أنّه هل يكفي إمكانُ التوفيقِ مطلقاً أو من

---

(١) «البحر الرائق»(٧: ٤١).

(٢) «رمز الحقائق»(٢: ٩٦).

....

وَجْهُ الأَوَّل: أنَّ مع إمكانِ التَّوفيقِ لا يتحقَّقُ التَّناقضُ، فيحملُ عليه صيانةً لدعواهُ عن البطلان.

وَجْهُ الثَّانِي: أنَّه لا بُدَّ للدَّعوى من الصِّحَّةِ يقيناً، فإمكانُ الصِّحَّةِ لا يُبْطِلُ حقَّ المدَّعى عليه.

إذا عَرَفْتَ هذا، فنقول[1]: في كلِّ صورةٍ يَقَعُ الشَّكُّ في صحَّةِ الدَّعوى: لا نقولُ إنّ إمكانَ الصِّحَّةِ كافٍ، كما إذا ادَّعى الهبةَ فَسُئِلَ بينة، فلم يقدرْ، فادَّعى الشِّراء، فأقامَ بيِّنةً على الشِّراءِ من غيرِ أن يُبَيِّنَ أن الشِّراءَ قبل وقتِ الهبة، أو بعده لا تقبل؛ لأنَّه يُحْتَملُ أن يكونَ الشِّراءُ قبل وقتِ الهبة، وعلى هذا التَّقديرِ لا يَصِحُّ[2] دعوى الشِّراء على ما مرّ، ويُحْتَمَلُ أن يكونَ الشِّراءُ بعد وقتِ الهبة، وعلى هذا التقدير يصحُّ دعوى الشِّراء[3] كما مرّ.

فإذا وَقَعَ الشَّكُّ في صحَّةِ الدَّعوى لا نصحِّحُهُ بالشَّكّ؛ لأنَّ غايةَ ما في البابِ أن شراءهُ إن كان متحققاً قبلَ وقتِ الهبة، فيكونُ معنى دعوى الهبة: إنِّي كنتُ اشتريتُها منه، لكن ارتفعَ ذلك العقد، ثُمَّ صارَ ملكاً له، ثُمَّ وَهَبَ منِّي فلا بُدَّ من إقامةِ البيِّنةِ على الهبة، فإذا لم يكن له بيِّنةٌ على الهبة، لا يصحُّ دعواهُ، ولا يَبْطُلُ حقُّ المدَّعى عليه بالشَّكّ.

المدَّعى عليه خاصّة، وجملةُ الأقوالِ المختلفة ذكرناها فيما تقدّم.

[1]قوله: **فنقول**... الخ؛ قال يعقوب باشا في «حاشية»[1] هذا الكتاب: هاهنا كلام، وهو أنَّ كلامَ صاحبِ «الكافي» وغيره من العلماءِ صريحٌ في اطّراد الوجهين، وكلامُ الشارحِ ﷺ على اختصاصِ الوجهين ببعضِ الصور، وعدمِ الاطّراد.

والحقُّ الاطّراد، فإنَّ دعوى القضاء أو الابراء يحتملُ أن يصرفَ إلى دعوى القضاء بغير حقٍّ فيصحّ، أو بحقٍّ كما لا يخفى. انتهى. فتأمّل فيه؛ لينكشف عليك الحال.

[2]قوله: **لا يصح**؛ لظهور التناقض بين الدَّعوى والبينة، والتناقضُ تبطلُ الدعوى فلا تصحّ.

[3]قوله: **يصحُّ دعوى الشراء**؛ لوضوحِ التوفيق، فإنّه يمكنه أن يقول: وهب منذ

---

(١) «حاشية يعقوب باشا»(ق١٢٢/أ).

ومَن أقام بيِّنةَ على شراءٍ، وأرادَ الرَّدَّ بعيبٍ رُدَّتْ بيِّنةُ بائعِهِ على براءتِهِ من كلِّ عيبٍ بعد إنكارِ بيعه

وفي كلِّ صورةٍ لا يكونُ الشَّكُّ في صحَّةِ دعواه، حتَّى يلزمَ إبطالُ حقِّ المُدَّعي عليه بالشَّكّ. فنقول: إمكانُ التَّوفيقُ كافٍ كما إذا أقامَ البيِّنةَ على القضاءِ أو الإبراءِ بعد إنكارِهِ المدَّعى به، وإقامة المدَّعي البيِّنةَ عليه، أو أقامَ المدَّعي البيِّنةَ على الشِّراءِ بعد وقتِ الهبةِ تقبل[1]، فاحفظ هذا الضابط، فإنَّه كثيرُ النفع

ثم اعلم أنّ هذا التَّناقضَ إنَّما يمنعُ صحَّةَ الدَّعوى إذا كان الكلامُ الأَوَّلُ قد أُثْبِتَ لشخصٍ معيَّنٍ حقّاً حتَّى إذا لم يكنْ كذلك لا يَمْنَعُ صحَّةَ الدَّعوى كما إذا قال لا حقَّ لي على أحدٍ من أهلِ سَمَرْقَنْدٍ، ثم ادَّعى شيئاً على واحدٍ من أهلِ سَمَرْقَنْدَ يصحُّ دعواهُ.

(**ومَن أقام بيِّنةَ على شراءٍ، وأرادَ الرَّدَّ بعيبٍ رُدَّتْ بيِّنةُ بائعِهِ على براءتِهِ من كلِّ عيبٍ بعد إنكارِ بيعه**)، ادَّعى رجلٌ على آخرَ: أنّي اشتريتُ منك هذا العبدَ بألف، وسلمتُ إليك الألف، فَظَهَرَ فيه عيبٌ فأردُّه بالعيب، فعليك أن تَرُدَّ الثَّمنَ إليَّ، فأنكرَ الخصمُ البيعَ فأقامَ المدَّعي بيِّنةً على البيع، فادَّعى الخصمُ براءةَ المدَّعي من كلِّ عيب، وأقامَ بيِّنةً على ذلك، لا تُسْمَعُ[2] لتناقض، وعند أبي يوسفَ ﷺ: تُسْمَعُ قياساً على المسألةِ المذكورةِ: وهي ما كان لك عليّ شيءٌ قطّ.

والفرقُ لأبي حنيفةَ ومحمَّدٍ ﷺ: أن في مسألةِ الدَّينِ: إن الدَّينَ قد يُقْضَى وإن كان باطلاً وهاهنا دعوى البراءة من العيبِ تستدعي قيامَ البيع، وقد أنكرَه.

شهر ثمَّ جحدَ في الهبةِ فاشتريتُها في هذا الأسبوع، فظهرَ أنَّ التناقضَ إنّما يمنعُ صحَّةَ الدَّعوى إذا لم يكن التوفيق، أمّا إذا أمكن فلا يمنع.

[1]قوله: تقبل؛ أمّا في الصورة الأولى، وهي ما إذا أقام البيِّنة على القضاء أو الإبراء بعد إنكاره المدَّعى به، وإقامةُ المدَّعي البيِّنةَ عليه، فلإمكان التوفيق بأن غير الحقِّ قد يقضى ويبرؤ منه دفعاً للخصومة، وقد يصالح بالإنكار على شيء، فيثبت ذلك الشيء، ثم يؤدّى.

وأمّا في الصورةِ الثانيةِ وهي ما إذا أقام البيِّنةَ على الشراء بعد وقتِ الهبة؛ فلأنَّ الشراء بعد الهبةِ تقرير ملكه عندها.

[2]قوله: لا تسمع...الخ؛ حاصله أنّ الدعوى في هذه الصورة لا تسمع، والبيِّنة لا تقبلُ عند أبي حنيفةَ ومحمّد ﷺ؛ لوجود التناقض، فإنَّ اشتراطَ البراءةِ تغييرٌ للعقدِ من

وذكرُ إن شاء الله تعالى في آخر صكٍّ يبطل كلّهُ، وعندهما آخرَهُ وهو استحسانٌ

(وذكرُ إن شاء الله تعالى في آخر صكٍّ[1] يبطل كلّهُ، وعندهما آخرَهُ وهو استحسانٌ): أي إذا كتبَ صكَّ إقرار، ثمَّ كتبَ في آخره كلُّ مَن أخرجَ[2] هذا الصَّكّ، وطلبَ ما فيه من الحقّ، ادفعْ إليه إن شاءَ الله تعالى

اقتضاءِ وصف السلامةِ إلى غيره، فيقتضي وجودُ العقد، إذ الصفةُ بدون الموصوف لا تتصوَّر، وقد أنكره، فيكون متناقضاً.

بخلاف مسألة الدَّينِ المذكورة فيما سبق، فإنَّ الدَّين قد يقضى دفعاً للخصومة، وإن كان باطلاً فلا تناقض؛ لإمكان التوفيق، هذا هو ظاهرُ الرواية، وعن أبي يوسفَ ﷺ إنّها تقبل؛ لأنَّ التوفيقَ ممكن بأن لم يبعْها هو، وإنّما باعها منه وكيلُهُ وأبرأه عن العيب، والله أعلم، وهو وليّ الغيب.

[1]قوله: **في آخر صكّ**؛ أطلقه فشملَ ما إذا اشتمل على شيءٍ واحدٍ أو أشياء، وفي الثاني: الاختلاف، قال الإمام: إذا كُتِبَ بيعٌ وإقرارٌ وإجارةٌ أو غير ذلك، ثم كتبَ في آخره إن شاءَ الله تعالى بطلَ الكلُّ قياساً؛ لأنَّ الكلَّ كشيءٍ واحدٍ بحكم العطف.

ويبطلُ الآخر عندهما فقط استحساناً؛ لانصرافِ الاستثناء إلى ما يليه؛ لأنَّ الصكَّ للاستيثاق، وكذا الأصلُ في الكلامِ الاستيثاق، وأشارَ إلى أنَّ الكتابة كالنطقِ فلا بُدَّ فيهما من اتِّصال المشيئةِ [فلو] تركُ فُرْجةً، فالاستثناء ينصرفُ إلى ما يليه اتِّفاقاً، كالسكوت.

وحاصله كما في «البحر»(١): إنّهم اتّفقوا على أنَّ المشيئةَ إذا ذكرت بعد جملٍ متعاطفةٍ بالواوِ كقوله: عبدُهُ حرّ وامرأتُه طالق، وعليه المشيُ إلى بيت الله الحرام إن شاء الله تعالى، ينصرف إلى الكلّ، فيبطل الكلّ.

فمشى أبو حنيفة ﷺ على حكمِه، وهما أخرجا صورةَ كتبِ الصكّ من عمومه بعارضٍ اقتضى تخصيصَ الصكّ من عمومِ حكمِ الشرط المتعقّبِ جملاً متعاطفةً للعادة، وعليها يحملُ الحادثُ لا على أنّه قد يكتب للإبطال؛ لغرضٍ قد يتّفق؛ ولذا كان قولُهما راجحاً على قوله. كذا في «فتح القدير»(٢).

[2]قوله: **كلّ مَن أخرج... الخ**؛ فإن قيل: لماذا يكتب هذا، ولا يصحُّ التوكيلُ

(١) «البحر الرائق»(٧: ٤٣).
(٢) «فتح القدير»(٦: ٤٢٥).

....

فقولُهُ: إن شاء الله تعالى يَنْصَرِفُ إلى الكلِّ عند أبي حنيفةَ ﷺ حتَّى يَبْطُلَ جميعُ الصَّكِّ، وهو القياس، كما في قوله[1]: عبدُهُ حُرٌّ وامرأتُهُ طالقٌ إن شاء الله تعالى، وعندهما يَنْصَرِفُ إلى الآخرِ، وهو الاستحسان؛ لأنَّ الصَّكَّ[2] للاستيثاقِ، فالاستثناءُ يَنْصَرِفُ إلى ما يليه.

على هذا الوجه؛ لأنّه توكيلُ المجهول، والمجهولُ لا يصلحُ وكيلاً.

قلنا: الغرضُ من كتابةِ هذا استماعُ خصومةِ الوكيل، فإنَّ التوكيلَ بغيرِ رضاءِ الخصمِ لا يلزم عند أبي حنيفةَ ﷺ، وعلى تقديرِ الرِّضاء هاهنا يلزمُ التوكيلَ بلا رضاه. كذا في «الكفاية»(١).

[١]قوله: **كما في قوله**؛ والحاصل أنَّ الشرطَ إذا تعقَّبَ جملاً متعاطفةً متَّصلاً بهما، فإنّه للكلِّ، وأمَّا الاستثناءُ بإلاَّ فإلى الأخير، فلو أقرَّ لاثنينِ بمالينِ واستثنَى شيئاً كان من الأخير، ولو أقرَّ بمالينِ كمئةِ درهمٍ وخمسين ديناراً إلاَّ درهماً انصرفَ إلى الأوّل استحساناً.

أمَّا الاستثناءُ بإن شاء الله تعالى بعد جملتين إيقاعتين فإليهما، وبعد طلاقين معلَّقين، أو طلاق معلَّقٍ وعتقٍ معلّق فإليهما عند محمَّد ﷺ، وعند أبي يوسفَ ﷺ إلى الأخير، واتَّفقوا على انصرافِهِ إلى الأخيرِ في غير العطف، وفي المعطوفِ بعد السكوت. كذا في «البحر»(٢) نقلاً «إيضاح الكرماني».

[٢]قوله: **لأنَّ الصكّ**...الخ؛ يعني لأنَّ الصكَّ يكتبُ للاستيثاق، والتأكيدُ للإبطال، فكان ذلك دلالةً على قصرِ الاستثناءِ على الذي يليه.

---

(١) «الكفاية»(٦: ٤٢٤).

(٢) «البحر الرائق»(٧: ٤٣).

فصل في القضاء بالمواريث

نصرانيٌّ مات، فقالت عرسُه: أسلمتُ بعد موتِه، وقال ورثتُه: لا بل قبلَه، صُدِّقوا، كما في مسلم ماتَ، فقالت عرسُه: أسلمتُ قبلَ موتِه، وقالوا: بل بعد موته

فصل في القضاء بالمواريث

(نصرانيٌّ[1] مات، فقالت عرسُه: أسلمتُ بعد موتِه، وقال ورثتُه: لا بل قبلَه، صُدِّقوا، كما في مسلم ماتَ، فقالت عرسُه: أسلمتُ قبلَ موتِه، وقالوا: بل بعد موته)

---

[1]قوله: نصراني؛ ذكر مسألتين ممَّا يتعلّق إثباتُهُ باستصحابِ الحال، وهو الحكمُ بثبوتِ أمرٍ في وقتٍ بناءً على ثبوتِه في وقتٍ آخر، وهو على نوعين:

أحدُهما: أن يقال: هو كان ثابتاً في الماضي، فيكون ثابتاً في الحال، كحياةِ المفقود.

والثاني: أن يقال: هو ثابتٌ في الحال، فيحكمُ بثبوتِهِ في الماضي؛ كجريان ماءِ الطاحونة، وهو حجَّةٌ دافعةٌ لا مثبتةٌ عندنا كما عرفَ في أصولِ الفقه.

والتقريرُ في المسألةِ الأولى: أنَّ نصرانيَّاً إذا مات فجاءت امرأتُه، وهي مسلمة، وقالت: أسلمتُ بعد موتِه، وقال الورثة: لا بل أسلمت قبل موته، فيكون القولُ للورثة، وصدِّقوا.

والتحريرُ في المسألةِ الثانية: أنَّ مسلماً إذا مات فجاءت امرأتُه، وهي نصرانيّة، وقالت: أسلمت قبل موتِه، وقالت الورثة: لا بل أسلمت بعد موتِه، فالقول للورثة، وصدِّقوا. ولا يقال: إنّها مسلمةٌ في الحال، فتكون مسلمةً قبل موته؛ لأنَّ الظاهرَ لا يصلحُ حجَّةً للاستحقاق، والمرأةُ محتاجةٌ إلى الاستحقاق، ويشهدُ لهم ظاهرُ الحدوث أيضاً.

فالحاصلُ أنَّ المرأةَ تتمسَّك في هذه المسألةِ بما يتمسَّكُ به الورثةُ في المسألةِ الأولى، والورثةُ في هذه المسألة يتمسَّكون بما سكتَت به المرأة في المسألةِ الأولى، وغير أنّها في المسألتين تتمسَّكُ بالظاهر؛ لإثبات الاستحقاق، والظاهرُ يكفي للدَّفع لا الاستحقاق، والورثةُ هم الدافعون جميعاً في المسألتين. كذا في شروح «الهداية»(1).

---

(1) «الكفاية» و«العناية» و«فتح القدير»(6: 425 - 427).

ومَن قال: هذا ابنُ مودعي الميِّتِ لا وارثَ له غيرُهُ دَفَعَها إليه ، ولو أقرَّ بابنٍ آخر لمودعِه ، وجحدَ الأوَّلَ، فهي له

هذا عندنا ، وعند زفرَ ﷺ في المسألةِ الأَولى القولُ قولها ؛ لأنَّ الإسلامَ[١] حادثٌ فيضافُ إلى أقربِ الأوقات ، ولنا : أن سببَ الحرمانِ ثابتٌ في الحال ، فيثبتُ فيما مضى تحكيماً للحالِ[٢] ، وهي تَصْلُحُ حجَّةً للدفع[٣].

(**ومَن قال**[٤]: **هذا ابنُ مودعي الميِّتِ لا وارثَ له غيرُهُ دَفَعَها إليه**) : أي دفعَ الوديعةَ إليه ، (**ولو أقرَّ**[٥] **بابنٍ آخر لمودعِه ، وجحدَ الأوَّلَ ، فهي له**)

[١]قوله : **لأنَّ الإسلام**...الخ ؛ حاصلُه أنَّ الإسلامَ حادثٌ ، والأصلُ في الحوادث أن تضافَ إلى أقرب أوقاته ، وأقرب أوقاته ما بعد الموتِ فيضاف إليه.

[٢]قوله : **تحكيماً للحال** ؛ أي باستصحابِ الحال ، كما في جريانِ ماء الطاحونة ، فإنَّ أيّهما مع المستأجِّر إذا اختلفا بعد مضي المدَّةِ في جريان الماء وانقطاعه ، يُحَكِّمُ الحال ، فإن كان جارياً في الحال كان القولُ قولَ ربِّ الطاحونة ، وإن لم يكن جارياً كان القولُ قول المستأجِّر.

[٣] قوله : **وهي تصلحُ حجَّة للدَّفع** ؛ وما ذكرَه زفر ﷺ هو يعتبرُ للاستحقاق ، والظاهرُ لا يصلحُ للاستحقاق ، ويصلح للدَّفع.

[٤] قوله : **ومَن قال**...الخ ؛ يعني إذا مات رجلٌ وله عند رجلٍ وديعة ، فقال المستودع : هذا ابنُ الميِّت لا وارثَ له غيرُه ، فإنّه يجب عليه دفعُ المال إليه ؛ لإقراره بأنَّ ما في يده ملكُ الوارثِ خلافةً عن الميِّت ، فصار كما إذا أقرَّ أنّه ملكَ المورِّث ، وهو حيٌّ أصالةً.

بخلافِ ما إذا أقرَّ لرجلٍ أنّه وكيلُ المودع بالقبض ، وأنّه اشتراهُ منه ، حيث لا يؤمرُ بالدفع إليه ؛ لأنَّ فيه إبطالُ حقِّ المودعِ في العين بإزالتِها عن يده ؛ لأنَّ يدَ المودع كيدِ المالك ، فلا يقبلُ إقرارُه عليه ، ولا كذلك بعد موته.

بخلاف المدين إذا أقرّ أنّه وكيلُ الطالب بقبض دينِه ، حيث يؤمرُ بالدَّفعِ إليه ؛ لأنّه إقرارٌ بخالصِ حقِّه ؛ إذ الديونُ تقضى بأمثالِها فيؤمرُ بالدَّفع إليه. كذا في «التبيين»(١).

[٥]قوله : **ولو أقرّ**...الخ ؛ يعني إذا قال مودعُ الميِّتِ لرجلٍ آخر بعدما أقرّ للأوّل :

(١) «تبيين الحقائق»(٤ : ٢٠٠).

ولا يُكْفَلُ غريمٌ أو وارثٌ في تركةٍ قُسِّمَتْ بين الغرماء أو الورثةِ بشهودٍ لم يقولوا: لا نعلمُ له غريماً آخر، أو لا وارثاً آخر، وهو احتياطُ ظلم

أي للمُقَرِّ له الأَوَّل؛ لأنَّ الأقرارَ الأوَّلَ لم يكنْ له مكذِّبٌ فصحَّ، فلا يصحُّ الثَّاني؛ لأنَّ الأوَّلَ مكذِّبٌ له.

(**ولا يُكْفَلُ**[1] **غريمٌ أو وارثٌ في تركةٍ قُسِّمَتْ بين الغرماء أو الورثةِ بشهودٍ لم يقولوا: لا نعلمُ له غريماً آخر، أو لا وارثاً آخر، وهو احتياطُ ظلم**[2]): أي إذا شَهِدَ الشُّهودُ للغرماءِ أو الورثة، ولم يقولوا: لا نعلمُ للميِّتِ غريماً أو وارثاً آخر، قُسِّمَتْ التَّركةُ بينهم، ولا يؤخذُ منهم كفيلٌ، وقد احتاطَ بعضُ القضاة، فأخذوا منهم كفيلاً، وهذا الاحتياطُ ظلم

هذا ابنُه، وكذَّبه الابنُ الأوّل، قضي بالمالِ للابنِ الأوّل؛ لأنَّ إقرارَهُ قد صحَّ وانقطعَ يدُهُ عن المال، فيكون هذا إقراراً على الغير، كما إذا كان الأوّل ابناً معروفاً، بخلافِ إقرارِهِ الأوّل حيث قبل لعدمِ مَن يكذِّبُه.

[1]قوله: **ولا يكفل**...الخ؛ حاصله: أنّه لو قسّمَ الميراثَ بين الورثةِ أو الغرماء بشهادةِ شهودٍ لم يقولوا في الشهادة: لا نعرف له وارثاً آخر أو غريماً آخر، لا يؤخذُ من الورثةِ أو الغرماء كفيلٌ، والتفصيل في «البحر»(1).

[2]قوله: **وهو احتياط ظلم**؛ قال أبو حنيفة ﷺ: هذا شيءٌ احتاطَ به بعض القضاة، وهو ظلم، وعنى به ابن أبي ليلى ﷺ، فإنّه كان يفعلُهُ بالكوفة، والمرادُ بالظلمِ الميلُ عن سواءِ السبيل.

وفيه دليلٌ على أنَّ المجتهدَ يخطئُ ويصيب، وعلى أنَّ أبا حنفية ﷺ بريءٌ عن الاعتزال، لا كما ظنَّه البعضُ بسببِ ما نقلَهُ يوسفُ بن خالد السَّمْتيُّ أنّه قال: كلُّ مجتهدٍ مصيب، والحقُّ عند الله واحد.

وتأويلُهُ: إنَّ كلَّ مجتهدٍ مصيبٌ بالاجتهاد، وإن كان أخطأ ما عند الله، والدليلُ على صحَّةِ هذا التأويلِ أنّه لو حمل على ظاهرِهِ لكان متناقضاً، إذ قولُه: الحقُّ عند الله واحد، يفيد أنَّ ليس كلَّ مجتهدٍ أصاب الحقَ، وإلاَّ لكان متعدّداً، فيلزمُ أن يكونَ معنى

---

(1) «البحر الرائق»(٦: ٤٥).

....

لأنَّه ثبتَ حقُّهم، ولم يُعْلَمْ حقٌّ لغيرِهم؛ ولأنَّه[١] لم يوجدْ المكفولُ له، وهذا عند أبي حنيفةَ ، وعندهما: يأخذُ القاضي[٢] كفيلاً منهم.

قوله: كلُّ مجتهدٍ مصيب: أي يصيبُ حكم الله تعالى بالاجتهاد. كذا في «الفتح»(١)، وغيره.

والجواب عن قول الإمامِ في حقِّ ابن أبي ليلى مع كونِهِ مجتهداً، ما قاله العلامةُ التَّفْتَازَانِيُّ في «التلويح»(٢): من أنَّ المخطئَ في الاجتهادِ لا يعاقبُ ولا ينسبُ إلى الضّلال، بل يكون معذوراً ومأجوراً، إذ ليس عليه إلاَّ بذلُ الوسع، وقد فعل، فلم يَنَل الحقَّ؛ لخفاءِ دليله، إلاَّ أن يكون الدَّليلُ الموصلُ إلى الصواب بيِّناً فأخطأ المجتهدُ لتقصيرٍ منه، وتركَ المبالغةَ في الاجتهاد، فإنّه يعاقب.

وما نقلَ من طعنِ السلفِ بعضِهم على بعضٍ في المسائل الاجتهاديّة كان مبنيّاً على أنّ طريقَ الصوابِ بيِّنٌ في زعم الطاعن. انتهى.

[١]قوله: **لأنّه**...الخ؛ الظاهر المتبادر أنّه دليلٌ لقوله: وهذا الاحتياطُ ظلمٌ، لكن الحقَّ أنّه دليلٌ لقوله: لا يؤخذُ منهم كفيلٌ، وحاصلُ الدليل: أنَّ حقَّ الحاضرين من الورثة أو الغرماء ثابتٌ سواءً كان ثبوتُهُ قطعيّاً بأن لم يكن له وارثٌ آخر أو غريمٌ آخر بيقين، أو ظاهراً بأن كان له وارثٌ آخر أو غريمٌ آخر في الواقع، ولم يظهر عند الحاكم.

فإنّه ليس بمكلَّفٍ إلاّ بما ظهر عنده من الحجّة، فكان العملُ واجباً عليه، فلا يؤخَّرُ لأجلِ الموهوم، إلى أن يعطى الكفيلُ كما إذا ثبت الشراءُ ممَّن هو في يده، أو ثبتَ الدَّين على العبدِ حتى بيعَ في دينه، وهذا لأنَّ القاضي مأمور بما ظهرَ عنده لا بطلبِ ما لم يظهر، فلا يجوز تأخيره(٣).

[٢]قوله: **يأخذ القاضي**...الخ؛ لأنَّ القاضي ناظرٌ للغائبين، ويحتمل أن يكون له وارثٌ أو غريمٌ غائبٌ، بل هو الظاهر؛ لأنَّ الموتَ قد يأتي بغتةً، فيحتاطُ له بالكفالة، كما إذا دفعَ اللقطةَ أو الآبقَ إلى صاحبه، أو أعطى امرأةَ الغائب النفقةَ من مالِ زوجها،

(١) «فتح القدير»(٦: ٤٣٢).

(٢) «التلويح»(: ٢٤٢).

(٣) ينظر: «تبيين الحقائق»(٤: ٢٠١).

وعقارٌ أقامَ زيدٌ حجَّةً أنَّه له ولأخيهِ إرثاً من أبيهما قَضَى له بنصفِه، وتركَ باقيه مع ذي اليدِ بلا تكفيلِه جَحَدَ دعواهُ أو لا

(وعقارٌ[1] أقامَ زيدٌ حجَّةً أنَّه له ولأخيهِ إرثاً من أبيهما قَضَى له بنصفِه، وتركَ باقيه مع ذي اليدِ بلا تكفيلِه جَحَدَ دعواهُ أو لا)، هذا عند أبي حنيفةَ ﷺ؛ فإنَّ ذا اليدِ[2] قد اختارَهُ الميْتُ، فلا يقصرُ يدَهُ عمَّا ليس مدَّعيه حاضراً

والجواب عن هذا الاستدلالِ مذكورٌ في «البحر»(1)، وغيره من المبسوطات.

[1]قوله: **وعقار...الخ**؛ يعني إذا ادّعى رجلٌ على آخر عقاراً إرثاً لنفسه ولأخيه الغائب، وأقام البيِّنةَ أن أباه قد ماتَ وتركَ ذلك العقار ميراثاً بينه وبين أخيه فلانٍ الغائب، قضى القاضي له بنصفِ ذلك العقار، وتركَ باقيه، وهو النصفُ الآخر في يدِ الذي كان في يدِهِ بلا أخذِ كفيلٍ من ذي اليد، سواء كان ذو اليد جاحداً لهذه الدَّعوى أو لا.

ولا يخفى عليك أنّ هذا التعميم غيرُ صحيح بعد قوله: أقامَ زيدٌ حجَّةً أنّه له ولأخيه؛ لأنَّ إقامةَ الحجَّةِ يستلزمُ سبقَ الجحود، وأيضاً أجمعوا على أنّه لا يؤخذُ كفيلٌ في صورةِ الإقرارِ أيضاً، فالصوابُ أن يبدل قوله: أقامَ زيدٌ حجَّةً أنّه له ولأخيه بقوله: يثبت أنّه له ولأخيه، فيشمل الثبوتَ بالإقرار، ولا كفيل فيه اتّفاقاً، وبالبيِّنة، وفيه الخلاف، ويسقطُ قولَه: جحد دعواه أو لا. فتأمّل فيه.

[2]قوله: **فإنَّ ذا اليد...الخ**؛ تقريره: إنَّ القضاءَ قد وقعَ مقصوداً للميِّت، فإنَّ الوارثَ قال: هذا ميراث، ولا إرثَ بثبوتِ الملكِ للورثة؛ ولذا تقدَّمُ ديونُه على الميراث، وينفذُ وصاياهُ منه، واحتمالُ كونِ صاحب اليد مختاراً للميِّتِ ثابتٌ، فلا ينقُضُ يده كما إذا كان صاحبُ اليد مقرّاً.

والظاهرُ أنَّ الحاضرَ ليس خصماً عن الغائب في استيفاءِ نصيبه، وليس للقاضي أن يتعرَّض لِوَدَائعَ الناسِ ولا لغيرها حتى يأخذَها من أيدي مَن هي عنده، فصار نظرُ ما لو عرفَ القاضي ملكاً لإنسان ثمّ رآه في يدِ غيرِه فإنّه لا يأخذُه منه، ولا يتعرَّضُ له ما لم يحضرْ خصمه، فكذا هذا(2).

(1) «البحر الرائق»(٦ : ٤٥).

(2) ينظر: «تبيين الحقائق»(٤ : ٢٠٢).

والمنقولُ مثلُهُ، وقيل: يؤخذُ هو منه بالاتفاق

وعندهما إن جحدَ ذو اليدِ لا يتركُ الباقي في يدِه؛ لأنَّ الجاحدَ خائنٌ فيؤخذُ منه[١]، ويُجْعَلُ في يدِ أمين، وإن لم يَجْحَدْ تركَ القاضي في يدِهِ للابن الغائب، وإذا تُرِكَ في يدِهِ لا يؤخذُ منه كفيل[٢].

(**والمنقولُ مثلُهُ**[٣]، **وقيل: يؤخذُ هو منه بالاتفاق**): أي إذا كانت المسألةُ في المنقول:

قيل[٤]: هو على هذا الخلافِ، فإنَّهُ[٥] إذا تَرَكَ الباقي في يدِه إذا لم يَجْحَدْ، ففي صورةِ الجحودِ أَوْلَى؛ لأَنَّهُ مضمونٌ في يدِه، ولو وُضِعَ في يدِ آخرَ كان أمانةً، فالأَوَّلُ أَوْلَى.

[١]قوله: **لأنَّ الجاحدَ خائنٌ فيؤخذ منه**...الخ؛ إذ لا يؤمنُ من الجحود ثانياً، والقاضي نُصِبَ ناظراً للغائبين، وليس في تركِهِ في يده شيءٌ من النظر؛ لأنَّ البيِّنَةَ لا توجدُ في كلِّ مرَّة، ولا كلُّ قاضي عادل؛ ولأنّه يخافُ أن يتصرَّفَ فيه؛ لأنَّ مَن يدَّعي أنّ الشيءَ له وهو في يده، لا يمتنعُ من التصرُّفِ فيه عدلاً كان أو غير عدل، بخلاف ما إذا كان مقرَّاً؛ لأنَّ النظرَ في تركِهِ في يده متعيِّن.

[٢]قوله: **لا يؤخذ منه كفيل**؛ لأنَّ أخذَ الكفيلِ إنشاءُ الخصومة، فإنّ ذا اليد ربَّما لا يسامحُ نفسه في دفع الكفيل، والآخرُ الحاضرُ يطالبُهُ بالكفيل، فتنشأ الخصومة، والقاضي إنّما نصبَ لقطعها لا لإنشائها. كذا في «الهداية»(١) و«النهاية».

[٣]قوله: **مثله**؛ أي مثلُ العقارِ في أنّه قضى بنصفه للمدَّعي الحاضر، وتركَ باقيه في يد ذي اليد بلا تكفيلِهِ عند الإمام، ويتركُ في يدِ ذي اليد إذا كان جاحداً عندهما.

[٤]قوله: **قيل**؛ هو على الخلاف، وقولُ الإمامِ فيه أظهرُ من قوله في العقار؛ لحاجتِهِ إلى الحفظ، والحفظُ بالتركِ في يدِه أتمّ؛ لأنّه يصيرُ صورةً ومعنىً؛ لأنّه لو هلكَ في يدِه يجبُ عليه الضمان؛ لأنّه بالإنكارِ صار ضامناً، و[لو] أخذَ من يده ووضعَ في يدِ أمين لا يصيرُ محفوظاً معنىً؛ لأنّه غير مضمونٍ عليه. كذا في «الكفاية»(٢).

[٥]قوله: **فإنّه**...الخ؛ هذا دليلٌ على المماثلةِ بين المنقول والعقار.

---

(١) «الهداية»(٣: ١١٣).

(٢) «الكفاية»(٦: ٤٣٤).

ووصيّة بثُلُثِ مالِهِ على كلِّ شيءٍ، ومالي أو ما أملك صدقةٌ على مال الزَّكاةِ

وقيل[١]: يؤخذُ منه عند الجحودِ اتِّفاقاً.

(ووصيّة[٢] بثُلُثِ مالِهِ على كلِّ شيءٍ، ومالي أو ما أملك صدقةٌ[٣] على مالِ الزَّكاةِ)، هذا عندنا

[١]قوله: قيل يؤخذ...الخ؛ لأنّه يحتاجُ فيه إلى الحفظ، والنَّزعُ أبلغُ فيه، أمّا أنه يحتاجُ فيه إلى الحفظ؛ فلأنّه ليس بمحصنٍ بنفسه؛ للانتقالِ في محلّ، وأمَّا أنَّ النَّزعَ أبلغُ فيه فلأنّه لمّا جحدَ مَن بيدهِ يتصرَّفِ لخيانتِه أو لزعمِه أنّه ملكُه، وإذا نزعَه الحاكمُ ووضعَه على يدِ أمينٍ كان عدلاً ظاهراً، فكان المالُ به محفوظاً. كذا في «العناية»(١).

[٢]قوله: ووصيَّةٌ...الخ؛ يعني أنَّ رجلاً لو أوصى بثلثِ ماله، فالثلثُ يقعُ على كلِّ ماله؛ لأنّها أختُ الميراث، والميراثُ يجري في الكلّ، فكذا هي، ولو قال: مالي صدقة، أو قال: ما أملكُ فهو صدقةٌ، فهو يقعُ على مالِ الزكاة، كالنقدين ومال السَّوائم، وأموال التجارات بلغ النّصاب أو لا، وسواء كان عليه دينٌ مستغرقٌ أو لا؛ لأنَّ المعتبرَ جنسُ ما يجب فيه الزكاة لا قدرها ولا شرائطها.

ويدخلُ فيه الأرضُ العشريةُ عند أبي يوسف ﷺ؛ لأنّها سببُ الصدقة، ألا ترى أن مصرفَها مصرفَ الزَّكاة، وكانت جهةُ الصدقةِ فيها راجحةً، وعند محمَّدٍ لا تدخل؛ لأنّها سببُ المؤنة؛ ولهذا يجبُ العشرُ في أرضِ الصبيِّ والمكاتب، وفي أرضٍ لا مالك لها كالأوقاف، فكانت جهةُ المؤنةِ راجحةً ضدَّه.

وذكرَ في «النهاية» قول محمَّدٍ مع قول أبي حنيفةَ ﷺ، ولا تدخلُ الأرضُ الخراجيّة؛ لأنّها تمحَّضت مؤنةً، ولا يدخلُ الرقيقُ للخدمة، ولا العقار، وأثاثُ المنازل، وثياب البذلة، وسلاحُ الاستعمال ونحو ذلك ممَّا ليس من أموالِ الزكاة. كذا في شروح «الكنْز».

[٣]قوله: أو ما أملك صدقة؛ ومن مشايخنا مَن قال في قوله: ما أملك أو جميع ما أملك صدقةٌ يجبُ عليه أن يتصدَّقَ بجميع ما يملك؛ لأن لفظَ الملكِ أعمُّ من لفظِ المال، فإنَّ لفظَ الملكِ يطلقُ على المالِ وعلى غيره.

---

(١) «العناية»(٦: ٤٣٣).

فإن لم يجدْ إلاَّ ذلك أمسكَ منه قوتَه، فإذا ملكَ تصدَّقَ بما أخذَ، ولم يقدر بشيء لاختلاف أحوال الناس

وعند زفر[1] رضي الله عنه يَقعُ على كلِّ شيءٍ كما في الوصية قضية لإطلاقِ اللفظ، ونحن اعتبرنا[2] إيجابَ العبدِ بإيجابِ الله تعالى.

(فإن لم يجدْ[3] إلاَّ ذلك أمسكَ منه قوتَه، فإذا ملكَ تصدَّقَ بما أخذَ، ولم يقدر بشيءٍ لاختلاف أحوال الناس)

ألا ترى أنّه يقال: ملك النكاح، وملك القصاص، وملك المتعة، والمالُ لا يطلقُ على ما ليس بمال، فإذا كان لفظ الملكِ أعمّ يتناولُ جميعَ ما يتصدَّق به، كما لو نصّ عليه.

لكنَّ الصحيحَ أنَّ لفظَ الملكِ والمال سواءٌ في الحكم، وهو الاختصاصُ بالأموال الزكاتيّة؛ لأنَّ الظاهرَ من حال الناذرِ التزامُ الصدقةِ من فاضلِ ماله، فإنَّ الحياةَ مظنَّةَ الحاجةِ إلى ما تقومُ به حوائجُهُ الأصليَّة، والمالُ الفاضلُ عن حوائجهِ الأصليّة هو مالُ الزكاة، فيختصّان به(1).

[1]قوله: **وعند زفر** رضي الله عنه؛ في كلتا الصورتين يقعُ على كلِّ شيءٍ من أمواله، سواء كان من أموالِ الزكاة أو لا، فيلزمه التصدُّق بالكلّ، وهو القياس قضية؛ لإطلاقِ اللّفظ؛ أي لاقتضاءِ إطلاق ما قاله، فإنّ لفظَ المالِ يتناولُ الكلّ، قال الله جل جلاله: ﴿لَا تَأْكُلُوٓا۟ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَٰطِلِ﴾ [النساء: ٢٩].

[٢]قوله: **ونحن اعتبرنا...الخ**؛ هذا وجهُ الاستحسان، وتقريرُه: إنّ إيجابَ العبد معتبراً بإيجابِ الله جل جلاله؛ إذ ليس للعبدِ الإيجابُ مبتدأ؛ لئلا ينْزعَ إلى الشركة، ومطلقُ المال في باب الصدقاتِ ينصرفُ إلى البعض، كما في قوله جل جلاله: ﴿فِىٓ أَمْوَٰلِهِمْ حَقٌّ مَّعْلُومٌ﴾(٢)، وقوله جل جلاله: ﴿خُذْ مِنْ أَمْوَٰلِهِمْ صَدَقَةً تُطَهِّرُهُمْ﴾(٣).

فكذا ما يوجبُهُ العبدُ على نفسِهِ بخلافِ الوصيّة، فإنّها أختُ الميراثِ من حيث أنّهما يثبتان الملكَ بعد الموت، والله جل جلاله قد أوجبَ الميراثَ في كلِّ عينٍ ودين، ولا يختصُّ الوصيةُ بمال دون مال.

[٣]قوله: **فإن لم يجد...الخ**؛ يعني إذا لم يكن له مال سوى ما دخلَ تحت الإيجاب

---

(١) ينظر: «العناية»(٧: ٧٥٢).

(٢) المعارج: ٢٤.

(٣) التوبة: ١٠٣.

وصحَّ الإيصاءُ بلا علمِ الوصيِّ به لا التَّوكيل

قيل[١]: المحترفُ يمسكُ لنفسِهِ وعيالِهِ قوتَ يوم، وصاحبُ المستغل[٢] ما يُحتاجُ إليه إلى وصول غلَّته، وأكثرُ ذلك شهر، وصاحبُ الضياعِ إلى وصولِ ارتفاعِه، وأكثرُ ذلك سنة، وصاحبُ التِّجارةِ إلى وصولِ مالِ تجارته.

(**وصحَّ الإيصاءُ بلا علمِ الوصيِّ به لا التَّوكيل**): أي إن جَعَلَ شخصاً وصيَّاً بعد موتِه[٣]، ولم يعلمِ الوصيُّ بذلك، فباعَ شيئاً من تركتِه يجوزُ بيعُه، بخلافِ[٤] ما إذا وَكَّلَ رَجلاً بالبيع

يمسكُ من ذلك قدرَ قوته، فإذا أصاب شيئاً من المال بعد ذلك تصدَّقَ بمثل ما أمسك؛ لأنَّ حاجتَه مقدّمةٌ، ولو لم يمسكْ قدرَ حاجتِه لَتَكَفَّفَ النَّاسَ من ساعته، وليس من الحكمةِ أن يتصدَّقَ بما عنده ثمَّ يتكفَّفَ الناسَ من ساعتِه.

[١]قوله: **قيل**...الخ؛ لم يبيِّن في «المبسوط» قدر ما يمسك؛ لأنَّ ذلك مختلف باختلافِ العيال، وباختلافِ ما يتجدَّد له من التحصيل، فبعضُ أهلِ الحرفِ يحصلُ لهم كلَّ يوم، وبعضُهم كلَّ ثلاثة أيّام، وبعضُهم أكثرَ، وبعضهم أقلّ، وكذا أهلُ التجارة، وأهلُ الزرعِ يتجدَّد له حاصله.

[٢]قوله: **المستغل**؛ اسمُ مفعولٍ من الاستغلال، أو ظرفٌ منه، والاستغلال: غله كَرفتن وغله آدردن خواستن وبر كشانيدن غله داشتن وغله دراهدهر خبري از حبوب ونقود وجزآن غلات ج. كذا في «الصراح».

وقال في «ذخيرة العقبى»(١): صاحبُ المستغلِّ: صاحبُ الغلَّةِ الذي يملكُ الدورَ والحوانيتَ والبيوتَ التي يؤجِّرها بشهر؛ لأنَّ يدَه تصلُ إلى ما ينفقُ شهراً فشهراً. انتهى.

[٣]قوله: **بعد موته**؛ هذا قيدٌ مستدرك، فإنَّ الوصيةَ تمليكٌ مضافٌ إلى ما بعد الموت بطريقِ التبرُّع، إلا أن يقال: إنّه إشارةٌ إلى وجهِ الفرقِ بين الإيصاءِ والتوكيل، فتأمّل.

[٤]قوله: **بخلاف**...الخ؛ وجه الفرق: إنَّ الوصيَّةَ خلافة؛ لإضافتها إلى ما بعد الموت، وهو زمانُ بطلانِ الإنابة، فلا تتوقَّفُ على علم الوصيّ، كما في تصرُّفِ الوارث، حتى لو باعَ الوارثُ تركةَ مورِّثه بعد موتِه وهو لا يعلمُ بموتِهِ جازَ بيعُه، فكذا الوصيّ.

(١) «ذخيرة العقبى»(ص٤٣٣).

وشُرِطَ خَبَرُ عدلٍ، أو مستورينِ؛ لعزلِ الوكيلِ، ولعلمِ السَّيدِ بجناية عبده، وللشفيعِ بالبيعِ، والبكرِ بالنِّكاحِ، ومسلمٍ لم يهاجرْ بالشَّرائعِ لا لصحةِ التَّوكيلِ

ولم يعلَمِ الوكيلُ بذلك فباعَ شيئاً من التَّركةِ لا يجوزُ بيعُه، وعند أبي يوسفَ ﷺ لا يجوزُ بيعُ الوصيّ[1] أيضاً.

(وشُرِطَ خَبَرُ عدلٍ[2]، أو مستورينِ[3]؛ لعزلِ الوكيلِ، ولعلمِ السَّيدِ بجناية عبده، وللشفيعِ بالبيعِ، والبِكرِ بالنِّكاحِ، ومسلمٍ لم يهاجرْ[4] بالشَّرائعِ لا لصحةِ التَّوكيلِ)

أمّا الوكالةُ فهي إثباتُ ولايةِ التصرُّفِ في ماله، وليس باستخلاف؛ لبقاءِ ولاية الموكِّل، فلا تصحُّ بلا علمِ مَن يثبتُ له الولاية، كإثباتِ الولايةِ بإثبات الملكِ بالبيع؛ ولأنّ الموكِّلَ قادرٌ فيتصرَّفُ بنفسِه، فلا يفوتُهُ النظر، فلا حاجةَ إلى إثباتِهِ بدون العلم، بخلافِ الميِّت.

[1]قوله: لا يجوزُ بيعُ الوصيِّ أيضاً؛ بناءً على عدمِ صحَّةِ الإيصاءِ بدون علم الوصيِّ عنده، ووجهه أنَّ كلَّ واحدٍ من الإيصاءِ والتوكيلِ إنابةٌ، إلاَّ أن أحدَهما: وهو التوكيلُ في حالِ الحياة، والآخرُ: وهو الإيصاءُ بعد الممات.

[2]قوله: وشُرِطَ خبرُ عدل...الخ؛ هذا قوله، وقالا: لا يشترط في الخبرِ بهذه إلا التميز؛ لكونِها معاملةٌ، وله: أنّ فيها إلزاماً من وجهٍ دون وجه، فيشترطُ أحدُ شطري الشهادة، إمّا العدالةُ أو العدد.

[3]قوله: أو مستورين؛ ظاهرُ قوله، أنّه لا يقبلُ خبر الفاسقين، وهو ضعيف، والتصحيحُ قبوله وثبوتُ هذه الأحكام؛ لأنَّ تأثيرَ خبرِ الفاسقين أقوى من تأثير خبرِ العدلِ بدليل أنّه لو قضى بشهادةٍ واحدٍ عدلٍ لم ينفذْ وبشهادةِ فاسقين ينفذ. كما في «البحر»(1) نقلاً عن «الفتح»(2)، ولذا قال في «الدر المختار»(3): أو فاسقين في الأصح.

[4]قوله: ومسلم لم يهاجر؛ وكذا الإخبارُ بعيبٍ لمريدِ الشراء، أو حجرِ مأذون، وفسخ شركة، وعزلُ قاضٍ، ومتولّي وقف، فهي عشرةٌ يشترطُ فيها أحد شطري الشهادة لا لفظها. كذا في «الدر المختار»(4).

---

(1) «البحر الرائق»(٧: ٥٠).

(2) «فتح القدير»(٦: ٤٣٩).

(3) «الدر المختار»(٤: ٣٦٧).

(4) «الدر المختار»(٤: ٣٦٧).

....

أي إذا عزلَ الموكِّلُ الوكيل، فأخبرَهُ بذلك عدلٌ أو مستورانِ لا يصحُّ تصرفُهُ بعد ذلك، ولو أخبرُهُ فاسقٌ أو مستورُ الحالِ لا اعتبارَ لإخبارِهِ حتَّى يجوزَ تصرُّفُه، وكذا[١] إذا جَنَى عبدٌ خطأً فَعَلِمَ السَّيِّدُ بجنايتِهِ بإخبارِ عدلٍ أو مستورين، فباعَ السَّيِّدُ عبدَهُ يكونُ مختاراً للفداء، وكذا إذا عَلِمَ الشَّفيعُ بيعَ الدَّارَ فسكتَ إن أخبرَهُ عدلٌ أو مستوران، يكونُ سكوتُهُ تسليماً، وكذا في علم البكرِ بإنكاحِها إذا سكتتْ، والمسلمُ الذي لم يهاجرْ إذا أخبرَهُ عدلٌ أو مستوران يَجِبُ عليه الشَّرائع.

أمَّا صحَّةُ التَّوكيلِ فلا يشترطُ لها ذلك حتَّى إذا أخبرَه فاسقٌ بأن فلاناً وكَّلَهُ بالبيع، فباعَ، يجوزُ بيعُهُ؛ وذلك لأنَّه[٢] إنَّما يشترطُ العددُ والعدالةُ في الشَّهادة؛ لأنَّها إلزامٌ محضٌ فلا بُدَّ من التأكيد، أمَّا التَّوكيلُ فليس فيه معنى الإلزام أصلاً، فلا يشترطُ فيه شيءٌ من وصفي الشَّهادةِ: أي العددُ والعدالة.

وأمَّا عزلُ الوكيلِ ونحوِه فإلزامٌ من وجهٍ دونَ وجه، فمن حيث إنَّه لا يَبْقَى له ولايةُ التَّصرفِ يكونُ إلزامَ ضرر، ومن حيث أنَّ الموكِّلَ يتصرَّفُ في حقِّ نفسِهِ بالعزلِ ليس بإلزامٍ، فيشترطُ له أحدُ وصفي الشَّهادة.

---

[١]قوله: وكذا...الخ؛ حاصلُه: أنّه لو أخبرَ فاسقٌ للسيد بأنَّ عبدَه جنى خطأً فباعَ أو عتقَ لا يصيرُ مختاراً للفداء عنده، وعندهما: يصير. والشفيع إذا سكتَ بعدما أخبرَه فاسقٌ بالبيع لا يكون تاركاً للشفعةِ عنده، وهما يكون.

وإذا أخبرَ فاسقٌ البكرَ فسكتت لا تصيرُ راضيةً بالنكاحِ عنده، خلافاً لهما. ومن أسلمَ في دارِ الحربِ ولم يهاجرْ إلينا فأخبرَه بالشرائعِ فاسقٌ لا يؤخذُ عنده، خلافاً لهما.

ويشترطُ سائرُ الشروطِ في الشاهدِ مع العددِ أو العدالةِ على قول الإمام، فلا يثبت بخبر [المرأة] والعبد والصبيِّ وإن وجدَ العددُ أو العدالة، وهذا مقيَّدٌ بأن يكون المخبرُ غيرَ الخصمِ ورسولِه، فلا يشترطُ فيه العدالة، حتى لو أخبرَ الشفيعُ المشتري بنفسه وجبَ الطلبُ إجماعاً.

والرسولُ يعملُ بخبرِه وإن كان فاسقاً اتِّفاقاً صدَّقه أو كذَّبه. كما ذكره الإِسْبِيجَابِي. وكذا لو كان الرسولُ صغيراً، وظاهرُ ما في «العماديّة»: إنّه لا بُدَّ من أن يقول له إنّي رسولٌ بعزلك. كذا في «منح الغفّار»(١)، وغيره.

[٢]قوله: لأنه...الخ؛ حاصلُهُ أنّ التوكيلَ من المعاملاتِ فلا يشترطُ فيه إلا التمييز.

---

(١) «منح الغفار»(ق٢: ١١٦/أ).

ولا يضمنُ قاضٍ أو أمينُهُ إن باعَ عبداً للغرماء، وأخذَ ثمَنَهُ فضاعَ واستحقَّ العبدُ أو ماتَ قبلَ القبضِ، فيرجع المشتري على الغرماءِ، وإن باعَ الوصيُّ لهم بأمرِ قاضٍ

(**ولا يضمنُ**[١] **قاضٍ أو أمينُهُ**[٢] **إن باعَ عبداً للغرماء**): أي باعَ عبداً للمديونِ لأجلِ الدَّائنين، (**وأخذَ ثمَنَهُ فضاعَ واستحقَّ العبدُ أو ماتَ قبلَ القبضِ، فيرجع المشتري على الغرماءِ**)؛ لأنَّهُ[٣] تعذَّرَ الرُّجوعُ على القاضي فيضمنُ الغرماء؛ لأنَّ القاضي قد عَمِلَ لهم، وأمينُ القاضي كالقاضي.

(**وإن باعَ الوصيُّ لهم بأمرِ قاضٍ**[٤]

[١]قوله: **ولا يضمن**؛ صورةُ المسألة: إنَّ رجلاً ماتَ وعليه دينٌ ألفُ درهمٍ مثلاً لرجل، وله عبدٌ قيمتُهُ ألفُ درهم، فرفعَ الغريمُ إلى القاضي، فباعَ هو أو أمينه ذلك العبد؛ لأجلِ قضاءِ الدَّين، وأخذَ ثمنه فضاعَ الثمنُ واستحقَّ العبد، ونُزِعَ من يد المشتري، أو ماتَ قبل القبضِ لا يضمنُ القاضي ولا أمينه؛ لأنَّ أمينَ القاضي قائمٌ مقامَه، والقاضي قائمٌ مقامَ الخليفة، وكلُّ واحدٍ منهم لا يلزمُهُ الضمان؛ لأنّه يؤدّي إلى تقاعدِ النَّاس عن قبولِ هذه الأمانة، فيلزم تعطيلَ مصالحِ المسلمين.

[٢]قوله: **أو أمينه**؛ اعلم أنَّ أمينَ القاضي هو مَن يقول له القاضي: جعلتُك أميناً في بيعِ هذا العبد، أمّا إذا قال: بع هذا العبد، ولم يزدْ عليه اختلفَ المشايخ، والصحيحُ أنّه لا تلحقُه عهدة، ذكره شيخُ الإسلام خُواهَر زَادَه. كما في «البحر»(١) معزياً إلى «شرح التلخيص» للفارسي.

[٣]قوله: **لأنّه**...الخ؛ تقريرُهُ أنَّ الرُّجوعَ على القاضي أو أمينه لَمّا تعذَّر؛ كيلا يتقاعدَ الناسُ عن قبولِ هذه الأمانة، فتضيعُ الحقوق، فلا جرمَ أنَّ المشتري يرجع على الغرماء، وإلا يكون مالُه هدراً، وهو أجنبيٌّ، وماله محفوظٌ محترم.

ووجه الرجوعِ عليهم: أنَّ البيعَ قد وقعَ لهم، سواء كان ذلك البيعُ صادراً عن القاضي أو أمينه؛ ولهذا يباعُ ذلك العبدُ بطلبهم، فكانت العهدةُ عليهم لا محالةَ عند تعذُّرِ جعلها على العاقد، كما تجعلُ العهدةُ على الموكّلِ عند تعذُّرِ جعلها على الوكيلِ في المحجور عليه.

[٤]قوله: **بأمر قاضٍ**؛ والتقييدُ بأمرِ القاضي اتّفاقي، ولهذا قال الحصيريّ: أمرُ

(١) «البحر الرائق»(٧: ٥١).

فاستحقَّ العبدُ أو ماتَ قبلَ قبضِه فضاعَ ثمنُهُ رَجَعُ المشتري على الوصيِّ، وهو عليهم، ولو أمركَ قاضٍ

فاستحقَّ العبدُ أو ماتَ قبلَ قبضِه فضاعَ ثمنُهُ رَجَعُ المشتري على الوصيِّ، وهو عليهم)؛ لأنَّ العاقدَ[1] هو الوصيُّ فعليه الرُّجوع، والوصيُّ يَرْجِعُ عليهم؛ لأنَّه[2] عَمِلَ لأجلهم.

(ولو أمركَ قاضٍ[3]

القاضي وعدمُه سواء. كذا في «المنح»(1)؛ ولذا قال في «الدر المختار»(2): بأمر القاضي أو بلا أمره. انتهى.

[1]قوله: لأنَّ العاقد؛ هو الوصيُّ نيابةً عن الميِّت، أمّا إذا كان الميِّتُ أوصى إليه فظاهرٌ، وأمّا إذا نصَّبَه القاضي فكذلك؛ لأنَّ القاضي إنّما نصَّبَه؛ ليكونَ قائماً مقام الميِّت، لا ليكون قائماً مقامَ القاضي، ولمّا كان الوصيُّ نائباً عن الميِّت فترجعُ الحقوقُ إليه فعليه الرجوع.

[2]قوله: لأنّه...الخ؛ أي لأنَّ الوصيَّ قد عملَ لأجل الغرماء، ومَن عمل لغيره عملاً ولحقَه بسببه ضمانٌ يرجعُ به على مَن يقعُ له العمل، وقيل: لا يرجعُ عليهم؛ لأنَّ الضمانَ وجبَ عليه بفعلِه، والأوّل أصحّ.

[3]قوله: ولو أمركَ قاضٍ...الخ؛ أي لو قالَ لك قاضٍ عالم عدل: قضيتُ على هذا بالرَّجمِ فارجمه، أو بقطعِ اليدِ فاقطعها، أو بالضربِ فاضربه، وسعكَ فعلُه، ولا تلامُ عليه عند الله تعالى؛ لأنَّ طاعةَ أولي الأمرِ واجبة؛ لقوله جلّ جلاله: ﴿أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولِي الْأَمْرِ مِنكُمْ﴾(3).

وفي تصديقِهِ طاعة؛ ولأنّه أخبر عن أمرٍ يملكُ إنشاءه في الحال، فيقبلُ قوله؛ لخلّوِهِ عن التُّهمة، وفيه بحثَ الشيخُ الأكملُ في «العناية»(4) بحثاً نفيساً، فطالعه فيها إن شئت.

---

(1) «منح الغفار»(ق2: 116/ب).

(2) «الدر المختار»(4: 368).

(3) النساء: 59.

(4) «العناية»(6: 442).

عالمٌ عدلٌ بفعلٍ قَضَى به على هذا من رجم، أو قطع، أو ضربٍ وَسِعَكَ فعلُه، وصُدِّقَ عدلٌ جاهلٌ سُئِلَ

عالمٌ عدلٌ[١] بفعلٍ قَضَى به على هذا من رجم، أو قطع، أو ضربٍ وَسِعَكَ فعلُه، وصُدِّقَ عدلٌ جاهلٌ سُئِلَ[٢]

ولأنّه لا لولي في موضعٍ إلا قاضٍ واحدٍ في الأعصار، ولو لم يقبل قولُهُ وحدَه لَوَلِيَ في مكانٍ قاضيان، فعُلِمَ بذلك أنّ قولَه حجّةٌ، ثمَّ رجعَ محمّدُ ﷺ عن هذا، وقال: لا تأخذْ بقولِه حتى تعاينَ الحجَّة؛ لأنَّ قولَه يحتملُ الغلطَ والخطأ، والتداركُ غيرُ ممكن، وعلى هذه الرواية لا يقبل كتابه.

وكثيرٌ من مشايخنا أخذوا به، وقالوا: ما أحسنَ هذا في زماننا؛ لأنَّ القضاةَ قد فسدوا فلا يؤتمنون على نفوسِ الناسِ ودمائهم وأموالِهم إلا في كتاب القاضي إلى القاضي، فإنّهم أخذوا فيه بظاهرِ الرواية للضرورة.

وقال في «البحر»(١): لكنّي رأيتُ بعد ذلك في «شرح أدب القاضي» للصَّدرِ الشهيد ﷺ: إنّه صحَّ رجوعُ محمَّدٍ ﷺ إلى قولهما، رواه هشام ﷺ عنه. انتهى. فالحاصلُ أنّ محمَّداً وافقَهما أوَّلاً ثمَّ رجعَ إلى ما ذُكِرَ عنه، ثمَّ صحَّ رجوعُه إلى قولِهما. انتهى ما في «البحر».

[١]قوله: عالم عدل؛ قيَّدَه هاهنا بكونِ القاضي عالماً عدلاً، وفي «الجامع الصغير»(٢): لم يقيده بهما، قال العَيْنِيُّ(٣)، والزَّيْلَعِيُّ(٤): هو الظاهر، أقول: لعلَّ المصنِّفَ ﷺ مشى على ما قال الإمامُ أبو منصورٍ الماتريديّ ﷺ من أنّ القاضي إن كان عالماً عدلاً يقبلُ قولُه؛ لانعدامِ تهمةِ الخطأ والخيانة.

وإن كان عدلاً جاهلاً يُسْتَفْسَرُ؛ فإن أحسنَ التفسيرَ وجبَ تصديقه، وإلاَّ فلا، وإن كان جاهلاً فاسقاً أو عالماً فاسقاً لا يقبلُ إلا أن يعاينَ سببَ الحكم؛ لتهمةِ الخطأ والخيانة، كما سيصرِّح الشارحُ ﷺ به.

[٢]قوله: سئل؛ وإنّما يحتاجُ إلى استفسارِ الجاهل؛ لأنّه ربَّما يظنُّ بسببِ جهلِهِ غيرَ الدليلِ دليلاً.

---

(١) «البحر الرائق»(٦: ٥٤).
(٢) «الجامع الصغير» (ص٤٠٠).
(٣) في «رمز الحقائق»(٢: ٩٨).
(٤) في «تبيين الحقائق»(٤: ٢٠٥).

فأحسنَ تفسيرَهُ، ولم يُقْبَلْ قول غيرهما، وصُدِّقَ قاضٍ عُزِلَ، وقالَ لزيدٍ: أخذتُ منكَ ألفاً قضيتُ به لعمرو، ودفعتُهُ إليه، أو قال له: قضيتُ بقطعِ يدكَ في حقٍّ، وادَّعى زيدٌ أخذَهُ وقطعَهُ ظلماً، وأقرَّ بكونِهما في قضائِهِ

فأحسنَ تفسيرَهُ[١]، ولم يُقْبَلْ قول غيرهما): القاضي:

١. إمَّا عالمٌ عادل.
٢. أو جاهلٌ عادل.
٣. أو عالم غير عادل.
٤. أو جاهل غير عادل.

فالأَوَّلُ إن قال لك: قضيتُ لك بقطعِ يدِ زيدٍ فاقطعْ يدَهُ جاز لك قطعُ يدِه.

والقاضي الثَّاني: إن قالَ هذا فلا بُدَّ من أن تسألَهُ عن سببه، فإن أحسنَ تفسيرَهُ وجبَ تصديقُه، فيجوزُ لك قطعُ يدِه.

وأمَّا الأخيران فلا يُقْبَلُ قولُهما.

(وصُدِّقَ[٢] قاضٍ عُزِلَ، وقالَ لزيدٍ: أخذتُ منكَ ألفاً قضيتُ به لعمرو، ودفعتُهُ إليه، أو قال له: قضيتُ بقطعِ يدكَ في حقٍّ، وادَّعى زيدٌ أخذَهُ وقطعَهُ ظلماً، وأقرَّ[٣] بكونِهما في قضائِهِ): لأنَّ زيداً لَمَّا أقرَّ يكونُ الأخذُ والقضاءُ بقطعِ اليدِ في زمانِ قضائِه، فالظَّاهرُ أنَّ القاضي لا يظلمُ، فالقولُ للقاضي، أمَّا إذا لم يُقِرَّ بكونِهما في زمانِ قضائِه، بل قال: إنَّما فعلتُ هذا قبل التَّقليد، أو بعدَ العزل، فإن أقامَ بيِّنةً على هذا فالقاضي يكونُ مبطلاً في هذا الفعل، وإن لم يكنْ له بيِّنةٌ، فالقولُ للقاضي.

---

[١]قوله: **فأحسن تفسيره**؛ بأن يقول في حدِّ الزنا: إنِّي استفسرتُ المقرَّ بالزنا كما هو المعروفُ فيه، وحكمتُ عليه بالرَّجم، ويقول في حدِّ السرقة: إنَّه ثبتَ عندي بالحجَّة أنَّه أخذَ منه نصاباً من حرزٍ لا شبهةَ فيه، وفي القصاص: إنَّه عملَ عمداً بلا شبهة.

[٢]قوله: **وصدّق**...الخ؛ يعني إذا قال القاضي وبعد عزله قال لزيد: أخذتُ منك ألفاً ودفعتُها لعمر، وقد قضيتُ بها له، فقال زيد: أخذتَها منِّي ظلماً، فيصدَّقُ القاضي ويعتبرُ قولُه، وكذلك إذا قال لزيدٍ بعد عزله: قضيتُ بقطعِ يدكَ في حقٍّ، وقال: قطعتَها ظلماً، فيقبلُ قولُ القاضي، وهذا إذا كان زيدٌ مقرّاً بأنّه فعله في حالة قضائه.

[٣]قوله: **وأقرَّ**...الخ؛ فعُلِمَ من هذا أنّ المأخوذَ منه المال، والمقطوعُ يدهُ إذا زعمَ

....

....

أنّه لم يكن قاضياً يومئذٍ وإنّما فعل ذلك قبل التقليدِ أو بعدَ العزلِ كان القولُ قول المدَّعي، نصَّ عليه شمسُ الأئمّة السَّرَخْسِيّ؛ لأنَّ هذا الفعل حادثٌ فيضاف إلى أقرب أوقاته.

ومَن ادَّعى تاريخاً سابقاً لا يصدَّقُ إلاَّ بحجَّة؛ لأنَّ الأصلَ أنّه متى وقعتْ المنازعةُ في الإسنادِ يُحَكَّمُ الحال، كما إذا اختلفا في جريانِ ماءِ الطَّاحونة.

وقال صاحب «الهداية»[1]: القولُ قولُ القاضي أيضاً، هو الصحيح؛ لأنّه أسندَ فعلَه إلى حالةٍ معهودةٍ منافيةٍ للضمان، فصار كما إذا قال: طلقتُ أو أعتقت وأنا مجنون، والجنونُ كان معهوداً منه. انتهى.

وصحَّحَ القولَ المشهورَ المذكور في «الهداية» الزَّيْلَعِيُّ[2] أيضاً، وقال: هو اختيارُ فخرِ الإسلام علي البَزْدَوِيّ ﷺ، والصدرُ الشهيد ﷺ، وذكر له نظائرَ متعدِّدة، وبسطَ بسطاً لائقاً، وصحَّحه في «الملتقى»[3] أيضاً.

---

(١) «الهداية»(٣: ١١٦).

(٢) في «تبيين الحقائق»(٤: ٢٠٥).

(٣) «ملتقى الأبحر»(ص١٣٣).

كتاب الشهادة والرجوع عنه[1]

[1]قوله: كتاب الشهادةِ والرجوع عنها؛ اعلم أنَّ المتبادرَ كان تقديم مسائلِ الشهادةِ على القضاء؛ لأنَّ القضاءَ موقوفٌ على الشهادة، إذا كان ثبوتُ الحقِّ بها، لكن أخّرها؛ لأنَّ القاضي يحتاجُ إليها عند الإنكار، فكان ذلك من تتمَّة حكمِه، أو لأنَّ الشهادةَ إنّما تقبلُ في مجلسِ القضاء، ولا تكون ملزمةً بدون القضاء.

والرجوعُ عن الشهادةِ وإن كان رفعاً للشهادة، لكنّه داخلٌ تحتها: كدخول نواقضِ الطَّهارةِ في الطهارة؛ ولذا أوردَه في «كتاب الشهادة»، وذكرَه صاحب «الهداية»[1] في كتابٍ على حدة؛ نظراً إلى أنّه مبائنٌ لها، ومبائنُ الشيء قسم برأسِهِ غير مندرجٍ تحته، والشهادة: خبر درست واكاهي قاطع وكشتكي ورداه خداي تعالى. كذا في «منتهى الأرب».

يقال: شهدتُ الشيء: اطَّلعتُ عليه وعاينتُه، وأنا شاهد، والجمعُ أشهادٌ وشهود، مثل شريف وأشراف، وقاعدٌ وقعود، ويعدَّى بالهمزة، فيقال: أشهدتُه الشيء، وشهدتُ العيدَ أدركتُه وشاهدتُه مشاهدةً، مثل: عاينتُهُ معاينةً وزناً ومعنىً، وشهدَ بالله: حلف، وشهدتُ المجلس: حضرتُه فأنا شاهدٌ، وشهيدٌ أيضاً.

وعليه قوله جل جلاله: ﴿فَمَن شَهِدَ مِنكُمُ ٱلشَّهْرَ فَلْيَصُمْهُ﴾[2]؛ أي مَن كان حاضراً في الشهر مقيماً غيرَ مسافرٍ فليصمْ ما حضرَ وأقامَ فيه، وأشهدَ بكذا شهادةً يتعدَّى بالباء؛ لأنّه بمعنى أخبر به، قال ابنُ فارس: الشهادةُ: الإخبارُ بما قد شُوهد. كذا في «المصباح المنير»[3]، وإن شئتَ زيادةَ التفصيلِ فارجعْ إليه.

وفي الشريعة: ما ذكرَه المصنِّف رحمه الله بقوله: هي إخبارٌ بحقٍّ للغير على آخر.

شروطها كثيرة، تأتي في أثناءِ المسائل إن شاء الله جل جلاله، حتى قال صاحبُ «البحر»[4]: إنَّ شرائطها: أحد وعشرون، ومحاسنُها كثيرة، منها: امتثالُ الأمر في قوله جل جلاله: ﴿كُونُوا۟ قَوَّٰمِينَ لِلَّهِ شُهَدَآءَ بِٱلْقِسْطِ﴾[5].

(١) «الهداية»(٣: ١٣٢).
(٢) البقرة: ١٨٥.
(٣) «المصباح المنير»(ص٣٢٤).
(٤) «البحر الرائق»(٧: ٥٧).
(٥) المائدة: ٨.

هي إخبارٌ بحقٍّ للغيرِ على آخرَ، وتَجِبُ

(هي إخبارٌ[١] بحقٍّ للغيرِ على آخرَ)، الإخباراتُ ثلاثةٌ:

١. إمَّا بحقٍّ للغيرِ على آخر، وهو الشَّهادة.

٢. أو بحقٍّ للمخبرِ على آخر، وهو الدَّعوى.

٣. أو بالعكس، وهو الإقرار.

(وتَجِبُ[٢]

وركنُها: استعمالُ لفظِ الشهادة.

وحكمها: فرضُ الحكمِ على القاضي بموجبها بعد التزكية، فلو امتنعَ القاضي عن الحكمِ بها بعد وجودِ شرائطها أثم؛ لتركه الفرض، وهو قضاؤه بها، واستحقَّ العزل؛ لأنَّ الفاسق يستحقُّهُ على المذهب، وعُزِّرَ لارتكابِه الممنوعَ شرعاً، وكفرَ إن لم يعتقدْ افتراضَ القضاء عليه بعد توفيرِ شرائطه.

والقياسُ يأبى أن تكون الشهادةَ ملزمة؛ لأنّه خبرٌ محتملٍ للصدقِ والكذب، لكن تركُ ذلك بالنصوص والإجماع، وزيادةُ التحقيقِ والتفصيل في المبسوطات.

[١]قوله: هي إخبار...الخ؛ فالإخبارُ يتناولُ المجاوزةَ والشهادةَ والدَّعوى والإنكار.

وقوله بحقٍّ؛ يخرجُ المجاوزة.

وقوله: للغير؛ أي لغيرِ المخبر، يخرجُ الدّعوى، وكذا يخرجُ الإنكار، فإنّه إخبارٌ بما في يدِهِ لنفسه.

وقوله: على آخر؛ يخرجُ الإقرار، ولا بدَّ من قيدٍ آخر، وهو قولنا: في مجلس الحكم؛ ليخرجَ ما ليس في مجلسِ الحكم، فإنّه لا يسمّى شهادة، ويدخل في هذا التعريف دعوى الوكيل، ويخرجُ عنه الشهادة في الزّنا والشهادةُ في هلالِ رمضان، وهلال العيد، إلا أن يقال: إنّه يثبتُ بذلك حقُّ الحدِّ للشارعِ على الزاني، وحقُّ الصومِ أو الفطر على المكلّف.

فإنَّ المراد بالإخبارِ أعمُّ من أن يكونَ بلا واسطةٍ أو بواسطة؛ كالشهادة بالبيع، فإنّها بالواسطة شهادةٌ بحقِّ الثمنِ للبائع على المشتري، وإلا ظهرَ أن يقال: هي الإخبارُ بصحَّة الشيء عن عيانٍ أو سماعٍ في مجلس الحكم على وجهٍ لا يعودُ منفعتُهُ أو ضرره إلى المخبر، بذلك يندفعُ الاعتراضات. كذا ذكره البِرْجَنْدِيّ في «شرح النُّقاية».

[٢]قوله: وتجبُ بطلب المدعي؛ يعني يفترضُ أداؤها إذا طلبت منه؛ لقوله ﷻ:

بطلبِ المدَّعي

بطلبِ المدَّعي[١]

﴿ وَلَا يَأْبَ ٱلشُّهَدَآءُ إِذَا مَا دُعُواْ ﴾(١)، وقوله جلّ جلاله: ﴿ وَلَا تَكْتُمُواْ ٱلشَّهَـٰدَةَ ۚ وَمَن يَكْتُمْهَا فَإِنَّهُۥٓ ءَاثِمٌ قَلْبُهُۥ ﴾(٢)، وهذا إن كان نهياً عن الإباءِ والكتمان، لكن النَّهي عن الشيءِ يكون أمراً بضدّه إذا كان له ضدٌّ واحد؛ لأنَّ الانتهاء لا يكون إلاَّ بالاشتغال به.

فكان أداءُ الشهادة فرضاً قطعاً كفريضة الانتهاءِ عن الكتمان، فصار كالأمر به بل آكد؛ ولهذا أسندَ الإثم إلى الآلة التي وقع بها الفعل وهو القلب، لِمَا عُرِفَ أنَّ إسنادَ الفعل إلى محلّه يكون أقوى من الإسنادِ إلى كلّه، فقوله: أبصرته بعيني أقوى من قولهم أبصرتُه، وإسنادُهُ إلى أشرفِ الجوارح دليلٌ على أنّه أعظمُ الجرائمِ بعد الكفر بالله جلّ جلاله.

ثم إنّما يأثم إذا علم أنَّ القاضي يقبلُ شهادتَه وتعيَّن عليه الأداء، وإن عَلِمَ أن القاضي لا يقبلُ شهادتَه، أو كانوا جماعةً فأدَّى غيرُه ممَّن تقبلُ شهادتُه فقبلت، قالوا: لا يأثم، وإن ادَّعى غيرُه، ولم تقبلْ شهادتُه يأثم مَن لم يؤدّ إذا كان ممَّن تقبلُ شهادته؛ لأنَّ امتناعه يؤدِّي إلى تضييع الحقوق.

هذا إذا كان موضعُ الشاهدِ قريباً من موضعِ القاضي، وإن كان بعيداً بحيث لا يمكنُهُ أن يَغْدُو إلى القاضي لأداء الشهادةِ ويرجعُ إلى أهله في يومه ذلك، قالوا: لا يأثم؛ لأنّه يلحقُهُ الضرر بذلك، وقال جلّ جلاله: ﴿ وَلَا يُضَآرَّ كَاتِبٌ وَلَا شَهِيدٌ ﴾(٣).

ثمَّ إن كان الشاهدُ شيخاً كبيراً لا يقدرُ على المشي إلى مجلس الحكمِ وليس له شيءٌ للرُّكوب فأَرْكَبُه المدَّعي من عنده، قالوا: لا بأس به، وتقبلُ شهادته؛ لأنّه من باب الإكرامِ للشهود، وقال صلى الله عليه وسلم: «أكرموا الشهود»(٤)، وإن كان يقدرُ وركَّبه المدَّعي من عنده قالوا: لا تقبل. كذا في «التبيين»(٥)، وغيره من المبسوطات.

[١]قوله: **بطلب المدَّعي**؛ قال شيخُ الإسلام رحمه الله: لو أخَّرَ الشاهدُ الشهادةَ بعد

---

(١) البقرة: ٢٨٢.

(٢) البقرة: ٢٨٣.

(٣) البقرة: ٢٨٢.

(٤) في «مسند الشهاب»(١: ٤٢٦)، وقال الحاكم: صحيح الإسناد، وقال ابن حجر: ضعيف، وضعَّفه البرقاني والعقيلي، ينظر: «كشف الخفاء»(١: ١٩٤ - ١٩٥)، و«التلخيص»(٤: ١٩٨)، و«خلاصة البدر»(٤: ١٩٨).

(٥) «تبيين الحقائق»(٤: ٢٠٧).

وسَتْرُها في الحدودِ أحبُّ، ويقولُ في السَّرقة: أخذَ، لا سَرَق

وسَتْرُها في الحدودِ أحبُّ[1]): أي أفضلُ، (**ويقولُ في السَّرقة: أخذَ، لا سَرَق**): إنَّما يقول: أخذَ؛ لئلا[2] يضيعَ حقُّ المالك(١)

الطلب بلا عذرٍ ظاهرٍ ثمَّ أدّى لا تقبلُ شهادتُه؛ لأنّه لمَّا تركَ الأداءَ مع إمكانِه احتملَ أنّه ترك؛ لأنّه أرادَ الأجرَ على الأداء، فتمكَّنَ في شهادتِه نوعُ تهمةٍ، والتهمةُ مانعةٌ من القبول. كذا في «كمال الدراية».

ويجب الأداءُ بلا طلبٍ لو كانت الشهادةُ في حقوق الله تعالى؛ كعتق أمَةٍ وطلاقِ امرأةٍ حرَّة كانت أو أمة. كذا في «المنح»(٢).

[١]قوله: **أحبّ**؛ أي أفضلُ من إظهارها؛ فالشاهدُ مخيَّرٌ بين أن يظهرَ لما فيه من إزالةِ الفساد أو قتله، وبين أن يسترَها، وهو أحسنُ ممّا روى البُخاريُّ ومسلمٌ من حديث أبي هريرةَ ﷺ عن النبي ﷺ أنّه قال: «مَن سترَ مسلماً ستره الله في الدنيا والآخرة، والله في عونِ العبدِ ما دامَ العبدُ في عون أخيه»(٣)؛ ولأنَّ النبيَّ ﷺ لقَّنَ المقرَّ بالزنا، والمقرَّ بالسرقة؛ لدرء الحدِّ عنه.

فإن قيل: هذا معارضٌ لقوله ﷻ: ﴿**وَلَا تَكْتُمُوا الشَّهَادَةَ**﴾(٤)، وتقييدُ المطلقِ من الكتاب لا يجوزُ بخبر الواحد.

أجيبَ: بأنَّ الآيةَ محمولةٌ على الشهادةِ في حقوقِ العبادِ بدليل سياقها، وهي آيةُ المداينة، وبالإجماع، وبقوله ﷻ: ﴿**إِنَّ الَّذِينَ يُحِبُّونَ أَن تَشِيعَ الْفَاحِشَةُ** ....﴾ الآية(٥)، وإنّما اختصّت بذلك الحدود؛ لأنّها حقُّ الله تعالى، وهو غنيٌّ عن كلِّ كريم، لطيفٌ بعباده، بخلاف غيرها، فإنّه حقُّ العبد، وهو محتاجٌ شحيح. كذا في «كمال الدراية» وغيره.

[٢]قوله: **لئلا يضيع حقّ المالك**؛ ورعايةُ حقِّ الله ﷻ وهو الحدّ ليس بأهمَّ من

---

(١) أي إحياءً لحق المسروق منه لا سرق محافظةً على الستر؛ لأن الشهادة بالمال واجبة إن طلب المدعي، والستر في الحدود أفضل، وفي قوله: أخذ مراعاة الأمرين. ينظر: «فتح باب العناية» (٣: ١٢٩).

(٢) «منح الغفار»(ق٢: ١١٨/أ).

(٣) في «صحيح البخاري»(٢: ٨٦٢)، و«صحيح مسلم»(٤: ٢٠٧٤)، وغيرها.

(٤) البقرة: ٢٨٣.

(٥) النور: ١٩.

ونصابُها: للزِّنا: أربعةُ رجال

ولا يقولُ: سَرَق؛ لئلا يَجِبُ الحَدّ[1].

(ونصابُها:

للزِّنا: أربعةُ رجال[2]

رعايةِ حقِّ العبد.

[١]قوله: لئلا يجبَ الحدّ؛ ولأنَّه لو ظهرتْ السرقةُ لوجبَ القطعُ، والضمانُ لا يجامع القطع، فلا يحصلُ إحياء حقّ العبد، حكي أنَّ هارونَ الرشيد ﷺ كان مع جماعةٍ من الفقهاء وفيهم أبو يوسفَ ﷺ فادَّعى رجلٌ على آخر بأنّه أخذَ مالَه من بيته، فأقرَّ بالأخذِ فسأل الفقهاء، فأفتوا بقطعِ يده.

فقال أبو يوسف ﷺ: لا؛ لأنّه لم يقرَّ بالسرقة، وإنّما أقرَّ بالأخذ، فادَّعى المدَّعي أنّه سرق، فأقرَّ لها، فأفتوا بقطعِ يده، وخالفَهم أبو يوسفَ ﷺ فقالوا له، ثمَّ قال: لأنّه لما أقرَّ أوّلاً بالأخذِ ثبت الضمانُ عليه، وسقط القطع، فلا يقبلُ إقرارُهُ بعده بما يسقطُ الضمان عنه فعجبوا، ذكره الإمامُ الرَّازيُّ في تفسيره المسمّى بـ«مفاتيح الغيب».

[٢]قوله: أربعةُ رجال؛ لقوله ﷻ: ﴿وَٱلَّٰتِي يَأۡتِينَ ٱلۡفَٰحِشَةَ مِن نِّسَآئِكُمۡ فَٱسۡتَشۡهِدُواْ عَلَيۡهِنَّ أَرۡبَعَةٗ مِّنكُمۡ﴾[1]، وقوله ﷻ: ﴿وَٱلَّذِينَ يَرۡمُونَ ٱلۡمُحۡصَنَٰتِ ثُمَّ لَمۡ يَأۡتُواْ بِأَرۡبَعَةِ شُهَدَآءَ﴾[2]، ولقوله ﷺ: «ائت بأربعةٍ يشهدون على صدق مقالتك»[3].

وهذه الألفاظُ موضوعةٌ للمذكّرِ دون المؤنّث، وقد انعقدَ الإجماعُ على اشتراطِ الذكور فيه؛ لأنَّ الله تعالى يحبُّ السترَ على عباده، وأوعدَ بالعذاب مَن أحبَّ إشاعةَ الفاحشةِ على المؤمنين، كما تلونا عليك، وفي اشتراطِ الأربعةِ على هذه الفاحشةِ قلَّما يتحقّق، ووجبَ على ما نُسِبَ إلى هذه الفاحشة الحدُّ إن كان أجنبيّاً، واللِّعان إن كان

(١) النساء: ١٥.

(٢) النور: ٤.

(٣) ورد بمعناه عند «مسند أبي يعلى»(٥: ٢٠٧) من حديث أنس ﷺ فقال فيه: «أربعة شهود وإلاَّ فحدّ في ظهرك»، وأصله في «صحيح البُخاري»(٤: ١٧٧٢) من حديث ابن عباس ﷺ إن النبيَّ ﷺ قال لهلال بن أمية: «البيِّنةُ وإلاَّ حدٌّ في ظهرك»، ينظر: «الدراية» (٢: ٩٤)، و«نصب الراية»(٣: ٣٠٦).

وللقَوَدِ وباقي الحدودِ: رجلان.

وللقَوَدِ[1] وباقي الحدودِ: رجلان.

زوجاً، وكلُّ ذلك يؤكِّد معنى الستر، ويمنعُ من الإظهار. كذا في «التبيين»(١)، وغيره.

وعن عطاء وحمَّاد ﷺ: ولو شهدَ ثلاثةُ رجالٍ وامرأتان في الزنا قبلوا؛ لإطلاقِ قوله جَلَّ وَعَلَا: ﴿أَرْبَعَةً مِّنكُمْ﴾(٢)، والتاءُ لا تدخلُ في العدد، إلاَّ إذا كان معدوده مذكَّراً.

ولنا: ما روى ابنُ أبي شيبةَ في «مصنّفه»: عن حفص بن حجَّاج عن الزُّهْرِيّ أنّه قال: «مضت السنةُ من رسولِ الله ﷺ والخليفتين من بعدِه أن لا تجوزَ شهادةُ النساءِ في الحدود»(٣).

ولأنَّ في شهادةِ النساءِ شبهة البدليّة، قال الله جَلَّ وَعَلَا: ﴿فَإِن لَّمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَٱمْرَأَتَانِ﴾(٤)، وليست ببدلٍ حقيقةً؛ لأنَّ البدلَ الحقيقيَّ لا يصارُ إليه مع القدرة على الأصل.

ولا شكَّ في جوازِ المصيرِ إلى استشهادِ المرأتين والرجل، مع القدرةِ على استشهادِ الرجلين، وحقيقةُ البدليّة غير محتملةٍ في الحدود، حتى لا تقبلُ الشهادةُ على الشهادةِ فيها، فكذلك شبهةُ البدليَّة اعتبارُ الشبهةَ بالحقيقة؛ لأنَّ الشبهةَ فيما تسقطُ بالشبهاتِ كالحقيقة. كذا في «كمال الدراية»، وغيره.

[١]قوله: **وللقود**؛ أي القصاصُ في النفسِ والطرف وباقي الحدود غير الزنا من حدِّ السرقةِ وقطعِ الطريقِ والقذف والشرب وغيرها، رجلان؛ فلا يقبلُ فيها شهادةُ النساء؛ لقوله جَلَّ وَعَلَا: ﴿وَٱسْتَشْهِدُوا۟ شَهِيدَيْنِ مِن رِّجَالِكُمْ﴾(٥)، ولما روينا من حديثِ الزُّهْرِيّ؛ ولأنَّ في شهادةِ النِّساءِ شبهةَ البدليّة كما ذكرنا.

فإن قلت: الآيةُ المذكورةُ قد وردت في المداينات، فكيف تكون حجَّةً في الحدود والقصاص.

---

(١) «تبيين الحقائق»(٤: ٢٠٨).

(٢) النساء: ١٥.

(٣) «مصنف ابن أبي شيبة»(٥: ٥٣٣).

(٤) البقرة: من الآية٢٨٢.

(٥) البقرة: ٢٨٢.

وللبكارةِ، والولادةِ، وعيوبِ النِّساءِ فيما لا يطَّلِعُ عليه الرِّجالُ

وللبكارةِ[1]، والولادةِ، وعيوبِ النِّساءِ فيما لا يطَّلِعُ عليه الرِّجالُ

قلنا: العبرةُ لعمومِ اللَّفظ لا لخصوصِ السبب، كما بُرْهِنَ في [غير] موضع، ولا حقَّ يثبتُ شرعاً بالشهود التي فوق الاثنينِ سوى حدّ الزنا، فتعيَّن ثبوتُ سائرِ الحقوق بالاثنين من الشهود، ومن سائرِ الحقوقِ بقيَّةُ الحدود، فتثبتُ بشهادةِ رجلين.

وضمَّ صاحب «المنح»[1] إلى بقيةِ الحدودِ إسلام كافرٍ ذكر، وردَّةُ مسلم، فإنّهما لا تقبلُ فيهما إلاَّ شهادة رجلين، فتقبلُ شهادةُ رجلٍ وامرأتين بإسلامها، والظاهرُ أنَّ أصحابَ المتون لم يصرِّحوا بهما، اكتفاءً بذكرِ القود؛ لدخولهما تحتَه، لكنَّ التصريحَ بهما أولى.

[1]قوله: وللبكارة...الخ؛ لما روى عبد الرزَّاق في «مصنَّفه»: عن ابن شهاب الزُّهْرِيّ ﷺ قال: «مضتِ السنّة أن تجوزَ شهادةُ النساءِ فيما لا يطَّلع عليه غيرهنّ من ولاداتِ النساءِ وعيوبهنّ»[2]، ووجه الاستدلالِ بهذا الحديث: إنَّ الجمعَ المحلَّى بالألفِ واللام إذا لم يكن ثمّة معهود، ويرادُ به الجنس، فيتناول الأقلّ.

وقال حذيفة ﷺ: «أجازَ رسول الله ﷺ شهادةُ القابلةِ على الولادة»[3]، وقال الشَّافِعِيُّ ﷺ: يشترطُ الأربعُ وهو قولُ عطاء ﷺ؛ لأنَّ كل امرأتين مقامَ رجلٍ واحدٍ في الشهادة، وقال ابن أبي ليلى ﷺ: يشترطُ اثنتان؛ لما أنّه لمَّا سقطَ اعتبارُ الذكورةِ بقيَ العددُ معتبراً، ونسبَه الشُّمُنِّيُّ إلى مالك والثوريّ ﷺ.

والحجّة [على] الشافعيّ ﷺ وابن أبي ليلى ﷺ ما روينا من حديث ابن شهابٍ الزهريّ ﷺ؛ ولأنّه إنّما سقطت الذكورة [ليَخِفَّ النظر]؛ لأنَّ نظرَ الجنسِ أخفّ، فكذا يسقطُ العدد؛ لأنَّ نظرِ الواحدةِ أخفُّ من نظرِ الإثنتين إلا أن الإثنتينِ أحوط، لما فيه من معنى الإلزام.

---

(١) «منح الغفار»(٢: ١١٩/ب).

(٢) في «مصنف عبد الرزاق»(٨: ٣٣٣)، وغيره.

(٣) في «سنن البيهقي الكبير»(١٠: ١٥١)، و«سنن الدارقطني»(٤: ٢٣٢)، و«المعجم الأوسط» (١: ١٨٩)، وغيرها.

امرأة، ولغيرها: مالاً أو غير مال: كنكاحٍ، ورضاع، وطلاق، ووكالة، ووصية، رجلان أو رجلٌ وامرأتان

امرأة[1])، إنّما قالَ هذا؛ لأنَّ عيوبَ النِّساءِ إذا كانت ممَّا يطَّلعُ عليه الرِّجالِ: كالإصبعِ الزَّائدةِ مثلاً لا يكفي شهادةُ امرأة.

(**ولغيرها: مالاً أو غير مال: كنكاحٍ، ورضاع، وطلاق، ووكالة، ووصية، رجلان أو رجلٌ وامرأتان**): إنَّما قال: مالاً أو غيرَ مال؛ لأنَّ فيه خلافَ الشَّافِعِيِّ ﷺ(١)، فإنَّ غيرَ المالِ لا يُقْبَلُ فيه[2] شهادةُ رجلٌ وامرأتينِ عنده، بل هذا مخصوصٌ بالمال.

وذكرَ الشُّمُنِّيّ: لو شهد بالولادةِ رجلٌ بأن قال فأجابها فاتَّفق نظري إليها تقبل إذا كان عدلاً، ولو قال: تعمَّدتِ النظرَ لا تقبل، وبه قال بعضُ أصحابِ الشافعيّ ﷺ، وقال بعضُ مشايخنا: تقبلُ أيضاً، وبه قال بعضُ أصحابِ الشافعيّ ﷺ.

ولا تقبلُ شهادةُ النِّساءِ على استهلالِ الصبيِّ عند أبي حنيفةَ ﷺ في حقِّ الإرث، ويقبلُ في حقِّ الصلاة؛ لأنَّ الاستهلالَ صوتٌ مسموع، والرِّجالُ والنساء فيهُ سواء، فكان ممّا يطَّلع عليه الرِّجال، وإن لم يحضروا صار شهادتهن عليه كشهادتهنّ على جراحاتِ النساءِ في الحمامات، بخلافِ الولادة، فإنّها انفصالُ الولدِ من الأمّ فلا يطَّلعُ عليه الرجال، والصلاةُ من أمورِ الدِّين، وخبرُ المرأةِ الواحدةِ حجّةٌ في ذلك، كشهادتها على هلالِ رمضان.

وقال أبو يوسفَ ﷺ ومحمَّد ﷺ: تقبلُ في حقِّ الإرثِ أيضاً، وبه قال الشافعيّ ومالكٌ وأحمد ﷺ؛ لأنَّ الرجالَ في العادةِ لا يحضرونَ في ذلك الموضع؛ ليسمعوا صوتَه، فصارت كشهادتهنَّ على الولادة(٢).

[١]قوله: امرأة؛ واحدة بشرطِ الحريَّةِ والعقلِ والإسلامِ والبلوغ، والأحوطُ امرأتان، والأحبُّ ثلاث، والمخرجُ عن الخلاف الطبع، ولفظُ الشهادةِ يشترط عند مشايخ خراسان، لا عند مشايخ العراق.

[٢]قوله: لا يقبل فيه...الخ؛ الأصل: عدمُ قبولِ شهادتهنّ؛ لنقصانِ العقل،

---

(١) ينظر: «الأم»(٧: ٥١)، و«المنهاج»(٤: ٤٤٢)، و«المحلي»(٤: ٣٢٦)، وغيره.

(٢) ينظر: «المبسوط»(١٦: ١٤٣).

وشُرِطَ للكلِّ العدالةُ

(وشُرِطَ للكلِّ[1] العدالةُ(1)

واختلاطُ الضبط، وقصورِ الولاية، فإنّها لا تصلحُ للخلافة؛ ولهذا لا تقبلُ شهادتهنّ وحدهنَّ وإن كثرن، ولا مع الرجالِ في الحدودِ والقصاص.

وإنّما قبلت في الأموالِ وتوابعها كالإعارةِ والإجارةِ والكفالةِ والأجلِ وشرطِ الخيار؛ للضرورة؛ لكثرةِ وقوعها، وقلّة خطرها.

ولنا: ما روي أنَّ عمر وعليّاً ﷺ أجازا بشهادةِ النساء مع الرِّجال في النكاح والفرقة، وهذا نصٌّ على أن تقبلَ شهادتهنّ مع الرجالِ غير الأموالِ أيضاً؛ ولأنَّ الشهادةَ حجّة أصليّة لا ضروريّة، والأصلُ فيها القبولُ بوجود ما يبتنى عليه أهليّة الشهادة، وهي الولاية، وهي تبتنى على الحريّة والإرث؛ ولوجودِ أهليّة القبول.

وهي تتبنى على انتفاءِ التهمةِ بالكذبِ والغلط، فالكذبُ ينتفي بالعدالة، والغلط ينتفي باتقانِ المعاينةِ والضبطِ والأداء؛ لأنَّ بالأوّل يحصلُ العلم، وبالثاني يحصلُ البقاءُ والدَّوام، وبالثالثِ يحصلُ العلم للقاضي؛ ولهذا تقبلُ روايتها في الأخبار.

وكان ينبغي أن تقبلَ شهادتهنَّ مطلقاً كالرجال، ولكن جاءَ النصُّ بخلافه، ونقصان الضبط بزيادةِ النسيانِ ينجبر بضمِّ الأخرى إليها، فلم يبقَ بعد ذلك إلا الشبهة، وهذه الحقوق تثبتُ مع الشبهةِ كالمال بل فوقه، ألا ترى أنَّ النكاح يثبتُ مع الهزل، وكذا الطلاقُ والعتاقُ والمالُ لا يثبت به، وأي شبهةٍ أقوى من الهزل، بخلاف الحدودِ والقصاص؛ لأنّها لا تثبت مع الشبهة.

[1]قوله: وشرط للكلّ؛ أي لوجوبِ قبولِ شهادة الرِّجال والنساء في الحدود وغيرها من الحقوق العدالة، وإنّما شرطت لقوله جَلَّ وَعَلَا: ﴿وَأَشْهِدُواْ ذَوَىْ عَدْلٍ مِّنكُمْ﴾(2)، وهو ظاهرٌ؛ لقوله جَلَّ وَعَلَا: ﴿مِمَّن تَرْضَوْنَ مِنَ ٱلشُّهَدَآءِ﴾(3).

والمرضيُّ من الشاهدِ هو العدل؛ ولأنَّ مَن يباشرُ غير الكذب من الموصي قد يباشرُ الكذب؛ وهذا لأنَّ الخبرَ محتملٌ للصدق والكذب، ويترجَّحُ جانبُ الصدقِ

---

(1) العدالة: هي الانزجارُ من المحظورات الدينيّة. ينظر: «التوضيح»(٢: ١٢)

(2) الطلاق: ٢.

(3) البقرة: ٢٨٢.

ولفظُ الشَّهادة

ولفظُ الشَّهادة[1])

بالعدالة، والعدالة على ما قال المصنّف رحمه الله في «التنقيح»: «هي الانزجارُ من المحظورات الدينيّة»(١).

وقيل: أن يجتنب عن الكبائر، ولا يصرَّ على الصغائر، ويكون صلاحُهُ أكثر من فساده، وأن يستعملَ الصدق، ويجتنبَ عن الكذبِ ديانةً ومروءةً.

وقيل: هي محافظةٌ دينيَّةٌ تحملُ صاحبها على ملازمةِ التقوىٰ والمروءة من غير بدعة، فخرجَ به الكافرُ والفاسقُ والمبتدع.

وقيل: هي هيأةٌ راسخةٌ في النفس من الدِّين، تحملُ صاحبها على ملازمةِ التقوى والمروءة، وتقربُ منهما.

وقيل: هي ملكةٌ في النفسِ تمنعها عن اقتراف الكبائر، والإصرارُ على الصغائر، وعن الرذائل المباحة.

ويقرب منه أيضاً ما قال الحكماء: هي التوسُّط بين الإفراطِ والتفريط، وهي مركَّبة من الحكمةِ والعفَّةِ والشجاعة، فاختلفتِ العبارات فيُ التعبير عنها، ذكرنا بالاختصار، والتفصيلُ في مبسوطات الأعلامِ الأخيار.

[١]قوله: ولفظ الشهادة؛ لأنَّ النصوصَ الواردةَ فيها لم تردْ إلا بلفظِ الشهادة، قال الله جل جلاله: ﴿وَأَقِيمُوا الشَّهَادَةَ لِلَّهِ﴾(٢)، وقال جل جلاله: ﴿وَأَشْهِدُوا إِذَا تَبَايَعْتُمْ﴾(٣)، ومثلُ ذلك، وقال صلى الله عليه وسلم: «إذا علمت مثل الشمس فأشهد»(٤).

ولأنَّ فيها زيادةَ تأكيدٍ فإنَّ كلمته: أشهد، من ألفاظِ اليمين، فيكون معنى اليمينُ فيها ملحوظاً، وامتناعه عن الكذب بهذه الكلمة: أشهد؛ لأنَّ هذا المعنى لا يوجدُ في غيرها.

---

(١) انتهى «التنقيح»(٢: ١٢).

(٢) الطلاق: ٢.

(٣) البقرة: ٢٨٢.

(٤) أخرجه الحاكم وصححه والبيهقي وضعَّفه والعقيلي(٤: ٦٩)، وأعلّه بمحمّد بن سليمان، ولفظه: عن ابن عباس أن رسول الله صلى الله عليه وسلم سئل عن الشهادة، فقال: «رأيت الشمس فاشهد على مثلها أو دع ولا يعرف إلا به»، ينظر: «التخليص»(٤: ٦٩٨)، و«خلاصة البدر»(٢: ٤٣٩)، و«نصب الراية»(٤: ٨٢).

فلم يُقْبَلْ إن قال: أعلم، أو أتيقنّ، ولا يسألُ قاضٍ عن شاهدٍ بلا طعنِ الخصم

اعلم[١] أنَّ العدالةَ شَرْطٌ عندنا لوجوبِ القَبُولِ لا لصحَّةِ القَبُول، فغيرُ العدلِ لا يَجِبُ على القاضي أن يقبلَ شهادتَهُ، أمَّا إن قَبِلَ، وحكمَ به صحَّ حُكْمُه[٢].

(**فلم يُقْبَلْ**[٣] **إن قال: أعلم، أو أتيقنّ، ولا يسألُ قاضٍ عن شاهدٍ بلا طعنِ الخصم**)

وقال مشايخ العراق: لا تشترطُ لفظةُ الشهادةِ في شهادةِ النساءِ فيما لا يطَّلع عليه الرجال؛ لأنَّه خبرٌ لا شهادة، فصارتْ كشهادة هلال رمضان، والأوَّلُ هو الصحيح؛ لأنَّها شهادةٌ لما فيها من معنى الإلزام، حتى اختصت بمجلسِ القضاء، واشترطَ فيها الحريّةُ والإسلامُ.

[١]قوله: **اعلم**...الخ؛ اعلم أنّ المصنّف ﷺ كان سوَّى بين العدالةِ ولفظِ الشهادةِ في الاشتراط تبعاً لصاحب «الهداية»(١)، وليس كذلك؛ لأنَّ لفظَ الشهادة ركنٌ كصحَّة الأداء، والعدالةُ ليست شرطاً لصحَّة الأداء، بل ظهورها شرطٌ لوجوبِ القضاءِ على القاضي؛ ولذا قال في «التنوير»(٢): والعدالةُ لوجوبهِ لا لصحّته، فلو قضى بشهادة فاسقٍ نفذ. انتهى.

وقال في «الهداية»(٣): لو قضى بشهادةِ الفاسقِ يصحُّ عندنا. انتهى. وزادَ في «الفتح»(٤): وكانَ القاضي عاصياً. انتهى. فأرادَ الشارحُ ﷺ أن يبيّنَ ما هو الحقّ فقال: اعلم...الخ.

[٢]قوله: **صحَّ حكمه**؛ إذ الفاسق أهلٌ لولايةِ القضاءِ والسلطة، فيكون أهلاً للشهادة، وعن أبي يوسفَ ﷺ إنَّ الفاسقَ إذا كان وجيهاً في الناسِ ذا مروءةٍ تقبل شهادته؛ لعدم تمكُّن شبهة الكذبِ في شهادتِه، والأوَّل أصحّ. كما صرَّحوا به.

[٣]قوله: **فلم يقبل**؛ لأنَّ النصوصَ ناطقةٌ بالإشهاد كما مرّ، فلا يقومُ غيره مقامه.

---

(١) «الهداية»(٣: ١١٨).

(٢) «تنوير الأبصار»(ص١٥١).

(٣) «الهداية»(٣: ١١٨).

(٤) «فتح القدير»(٦: ٤٥٦).

إلاَّ في حدٍّ وقَوَد، وقالا: يسألُ في الكلِّ

أي لا يسألُ[1] القاضي ولا يتفحَّصُ أنَّ الشَّاهدَ عدلٌ أو غيرُ عدلٍ إذا لم يطعنِ الخصمُ فيه[2] **(إلاَّ في حدٍّ وقَوَد، وقالا: يسألُ في الكلِّ)**[3]

[1]قوله: **لا يسأل**...الخ؛ فالقاضي يقتصر على ظاهر العدالة ﷺ في المسلم، ولا يسأل عنه حتى يطعنَ الخصم إلا في الحدودِ والقصاص؛ لِمَا روى ابنُ أبي شَيْبَة في «مصنّفه»: «عن عبد الرحمن بن سليمان بن حجّاج، عن عمرو بن شعيب، عن أبيه عن جدّه قال: قال رسول لله ﷺ: «المسلمون عدول بعضهم على بعض، إلا محدوداً في فرية»(1).

ولأنَّ الظاهر هو الانزجار؛ لأنَّ عقلَه ودِينه يمنعانه عن مباشرة القبيح، فاكتفى بالظاهر عند عدم المنازعِ بخلاف الحدود والقصاص؛ لأنّهما يُدرأان بالشبهة، ويحتاطُ لإسقاطها في كلٍّ منهما ابتداءً من غير طعن من خصمٍ رجاء أن يسقطا.

[2]قوله: **إذا لم يطعن الخصم فيه**؛ أما إذا طعن فيه فيسأل القاضي؛ لأنّه لا يطعنه كاذباً ظاهراً، فتقابل الظاهران فوجبَ الترجيحُ بالاستقصاء.

[3]قوله: **وقالا: يسأل في الكلّ**؛ أي في سائر الحقوقِ والدَّعاوي سواءً طعن فيه الخصم أو لا؛ لأنَّ القضاءَ مبنيٌّ على الحجّة، وهي شهادة العدول، والعدالة قبلَ السؤالِ ثابتةٌ بالظاهر، وهو لا يصلح حجَّة للاستحقاق، فوجبَ التعرّف عنهما صيانةً لقضائه عن البطلان، وبقولهما يفتى. كذا في «الهداية»(2)، وغيرها؛ لكثرة الفسادِ في هذا الزمان.

وقيل: هذا اختلافُ عصر وزمان، فإنَّ أبا حنيفة ﷺ كان في القرن الثاني، وقد شهدَ رسول الله ﷺ لأهله بالخير والصلاح، وكان صاحباه بعده، وقد تغيَّر أحوالُ الناس، وكثرت الخيانات والكذب، كذا قالوا، ومحلُّ السؤال على قولهما عند جهلِ القاضي بحالهم، وكذا قال في «البحر»(3) نقلاً عن «الملتقط»(4): القاضي إذا عرفَ الشهود بجرحٍ أو عدالةٍ لا يسأل عنهم.

---

(1) في «مصنف ابن أبي شيبة»(٥: ٧٦)، وغيره.

(2) «الهداية»(٣: ١١٨).

(3) «البحر الرائق»(٧: ٦٣).

(4) «ملتقط الفتاوى»(ص٣٨٢).

سِرّاً وعلناً، وبه يُفْتَى في زماننا، ويكفي سِراً

سِرّاً[١] وعلناً[٢]، وبه يُفتَى في زماننا، ويكفي[٣] سِراً)، فإنَّهُ قد قيل: تزكيةُ العلانيةِ بلاءٌ وفتنةٌ، فإنّ المزكّيَ إن أعلنَ بمساوئِ[٤] الشَّاهدِ يُهَيِّجُ بينهما عداوةً وبغضاءً، وربُّما يمنعُهُ الخوفُ أو الحياء أو غيرهما عن أن يقولَ في الشَّاهدِ ما هو حقّ.

[١]قوله: سرّاً؛ وصورتُهُ: أن يبعثَ رقعةً ويقال لها: المستورة ستَرها عن أعين الناس، وفيها أسماءِ الشهودِ إلى المزكّي، ويكتبُ في ذلك البياضِ نسب الشاهد، وحليته ومسجده الذي يصلي فيه، ثم يكتبُ المزكّي الذي بعثَ القاضي إليه عدالته بأن يكتبَ هو عدلٌ جائزُ الشهادة، وإن لم يعرفه لشيءٍ كتب: هو مستور.

ومَن عرّفه بالفسق لم يصرِّح به بل يسكت تحرُّزاً عن هتكِ الستر، أو يكتب: الله تعالى أعلم به، إلا إذا عدَّله غيره، وخافَ أنّه إن لم يصرّح به يقضى بشهادتِه يصرّح به. كذا في «البناية»(١)، وغيرها، وإن شئت التفصيلَ فارجع إلى حاشيةِ شيخنا العلامة الطحطاويّ على «الدر المختار»(٢).

[٢]قوله: علناً؛ قال في «المصباح المنير»(٣): عَلَنَ الأمرُ عُلُوناً، من بابَ قعد: ظَهَرَ وانْتَشَرَ، فهو عَالِنٌ، وعَلِنَ عَلَناً من باب تَعِبَ لغةٌ: فهو عَلِنٌ وعَلين، والاسم العلانية مخفَّفٌ. انتهى. وصورته: أن يجمعَ بين المزكّي وبين الشاهد الذي زكّاه، ويقول للمزكّي هذا هو الذي زكّيته. ذكره الحَمَويّ.

[٣]قوله: ويكفي؛ وقد كانت العلانية قصدها في الصدرِ الأول، ووقع الاكتفاء في السرِّ في زماننا؛ تحرّزاً من الفتنة، ويروى عن محمَّد ﷺ تزكية العلانية بلاء وفتنة. كذا في «الهداية»(٤).

[٤]قوله: بمساوئ؛ المَساءةُ: نقيضُ المَسَرَّةِ وأصلُها مَسْوَأَةٌ على مَفْعَلَةٍ بفتحِ الميمِ والعين؛ ولهذا تُرَدُّ الواو في الجمع فيقال: هي المساوي لكنْ استعمل الجمعُ مخفَّفاً وبدت مساويهِ أي نقائصُهُ ومعَايبُهُ. كذا في «المصباح»(٥).

(١) «البناية»(٧: ١٤٠).
(٢) «حاشية الطحطاوي»(٣٦: ٢٣٢).
(٣) «المصباح المنير»(ص٤٢٧).
(٤) «الهداية»(٣: ١١٨).
(٥) «المصباح المنير»(ص٢٩٨).

وكفى للتَّزكية: هو عدلٌ في الأصحّ، ولا يصحُّ تعديلُ الخصمِ؛ بقوله: هو عدلٌ أخطأ أو نسيَ، فإن قال: عَدْلٌ صَدَق، ويَثْبُتُ الحقّ. وكَفَى واحدٌ للتَّزكية

(**وكفى للتَّزكية: هو عدلٌ في الأصحّ**)، فإنَّهُ قد قيل: لا بُدَّ أن يقولَ: هو عدلٌ جائزُ الشَّهادة، لكنَّ الأصحَّ هو الأوَّل؛ لأنَّ الحريّةَ[1] تَثْبُتُ بدارِ الإسلام، فإذا قال: هو عدل، يكونُ جائزُ الشَّهادة، (**ولا يصحُّ**[2] **تعديلُ الخصمِ**[3]؛ **بقوله: هو عدلٌ أخطأ أو نسيَ، فإن قال: عَدْلٌ صَدَق، ويَثْبُتُ الحقّ**(١)).

وكَفَى[4] **واحدٌ للتَّزكية**

[1]قوله: **لأنَّ الحريّة**...الخ؛ يعني أنّ في زماننا كلّ من نشأ في دار الإسلامِ كان الظاهرُ من حاله الحريّة؛ ولهذا لا يسألُ القاضي عن إسلامِهِ وحريّته، وإن سأل عن عدالته.

[2]قوله: **ولا يصحّ**؛ في قول مَن رأى أن يسألَ عن الشهود، وعن أبي يوسفَ ﷺ ومحمَّد ﷺ: إنّه يجوز تزكيتُه، لكن عند محمَّد ﷺ يضمُّ تزكية الآخرِ إلى تزكيته؛ لأنَّ العددَ عنده شرط، وجه الظاهر أنّ في زعمِ المدَّعي وشهودِه أنَّ الخصمَ كاذبٌ في إنكارِهِ مبطل في إصراره، فلا يصلحُ معدِّلاً. كذا في «الهداية»(٢).

[3]قوله: **الخصم**؛ يشملُ المدَّعي والمدَّعى عليه، وإن كان المراد في كلامهم المدَّعى عليه، وهو الظاهرُ فعدمُ صحّته من المدَّعي بالأولى. كذا في «المنح»(٣).

[4]قوله: **وكفى**...الخ؛ يعني يصلحُ الواحدُ أن يكون مزكّياً للشاهدِ ومترجماً عن الشاهد، ورسولاً من القاضي إلى المزكّي عند الشيخين ﷺ؛ لأنَّ التزكيةَ من أمور الدين فلا يشترط فيها إلاَّ العدالة، حتى تجوز تزكيةُ العبدِ والمرأة والأعمى والمحدود في قذفٍ إذا تاب؛ لأنّ خبرَهم مقبولٌ في أمور الدينيّة، والإثنان أحوط؛ لأنّ في زيادة طمأنينته.

وعند محمَّد ﷺ لا بدَّ من الاثنين، وهو قول الأئمَّة الثلاثة؛ لأنَّ التزكيةَ في معنى الشهادة؛ لأنَّ ولايةَ القضاء تبتني على ظهور العدالة، وهو بالتزكية فيشترط فيها العدد كما يشترط فيها العدالة، وتشترطُ الذكورة في المزكّي في الحدود والقصاص.

---

(١) أي باعترافه فيقضى بإقراره لا بالبينة عند الجحود. ينظر: «الدر المنتقى»(٢: ١٩٠).

(٢) «الهداية»(٣: ١١٩).

(٣) «منح الغفار»(ق٢: ١٢١/ب).

وترجمةِ الشَّاهدِ والرِّسالةِ إلى المُزَكِّي، والاثنان أحوط

وترجمةِ الشَّاهدِ[1] **والرِّسالةِ إلى المُزَكِّي، والاثنان أحوط)**، هذا عند أبي حنيفةَ ﷺ وأبي يوسفَ ﷺ، وأمَّا عند محمَّدٍ ﷺ يَجِبُ الاثنان، وهذا في تزكيةِ السِّرِّ، أمَّا في تزكيةِ العلانية، فقد قال الخَصَّافُ ﷺ: يَجِبُ الاثنان إجماعاً؛ لأنَّها في معنى الشَّهادة، حتَّى لا يصحَّ تزكيةُ العلانيةِ من العبد، ولا بُدَّ أن يكونَ المزكِّي عدلاً، فلا تُقْبَلُ تزكيةُ الفاسق ومستور الحال.

والجوابُ: إنّها ليست في معنى الشهادة؛ ولهذا لا يشترطُ فيها لفظ الشهادةِ ومجلس القضاء، واشتراطُ العددِ في الشهادة أمرٌ ثابتٌ بالنص، بخلاف القياس؛ لأنّ رجحانَ الصدق في العمل بالعدالةِ لا بالعدد، كما في روايةِ حديث النَّبيّ ﷺ في حق العلمِ بالتواتر.

وإذا كان كذلك لا معنى لاشتراط العدد في الشهادات، لكنّا تركنا ذلك القياس بالنصوصِ التي فيها بيان العدد، فلا يتعدّى اشتراطُ العددِ من الشهاداتِ إلى التزكية، قال في «مجمع الأنهر»[1]: ومحلُّ الاختلاف، فإذا لم يرضَ الخصمُ بتزكية الواحد، فإن رضيَ فجاز إجماعاً. انتهى.

[١]قوله: **وترجمةُ الشاهد**؛ قال في «المصباح المنير»[2]: ترجمَ كلامه: إذا بيَّنَه وأوضحَه، وترجمَ كلامَ غيره: إذا عبَّرَ عنه بلغةٍ غير لغةِ المتكلِّم، واسم الفاعل: تَرجُمان، بفتح التاء، وضمُّ الجيم في الفصيح، وقد تضمُّ التاء تبعاً للجيم، وقد تفتح الجيمُ تبعاً للتاء، والجمع تراجم. انتهى.

قال القُهُسْتَانِيّ[3]: تركُ الإضافةِ أولى إذ الاثنانِ أحوطُ في ترجمةِ المدَّعي والمدَّعى عليه، كما في التُّمُرْتاشِيِّ، وغيره. انتهى.

---

(١) «مجمع الأنهر»(٢: ١٩٠).

(٢) «المصباح المنير»(ص٧٤).

(٣) في «جامع الرموز»(٢: ٢٣٦).

فصل في بيان أنواع ما يتحمله الشاهد

ولِمَن سمعَ بيعاً، أو إقراراً، أو حكم قاض، أو رأى غصباً، أو قتلاً أن يشهدَ به، وإن لم يُشَهَّدْ عليه

فصل في بيان أنواع ما يتحمله الشاهد

(**ولِمَن سمعَ**[1] **بيعاً، أو إقراراً، أو حكم قاض، أو رأى غصباً، أو قتلاً أن يشهدَ به وإن لم يُشَهَّدْ عليه**): فقولُهُ: أن يشهدَ به مبتدؤٌ، ولِمَن سمعَ خَبَرُهُ مقدَّماً عليه، وسماعُ البيعِ أنَّهُ قد سَمِعَ قولَ البائعُ: بعت، وقول المشتري: اشتريت.

[1]قوله: ولِمَن سمع...الخ؛ لَمَّا فرغَ المصنِّفُ ﷺ من مراتبِ الشهادةِ شرعَ في بيان ما يتحمَّله الشاهد وهو نوعان:

الأوّل: ما ثبت بنفسه بلا استشهاد.

والثاني: ما لا يثبت بنفسِهِ بل يحتاج إلى إشهاده.

فشرع في الأوّل وقال: ولِمَن... الخ، وحاصلُهُ: أنَّ الشاهدَ يشهدُ بكلٍّ ما سمعَه من المسموعاتِ كالبيعِ والإقرارِ وحكمِ الحاكم، وغير ذلك، أو رآه من المبصرات كالغصب والقتل وغير ذلك، وإن لم يشهدْ على ما ذكر من جانبِ المدّعي؛ لأنَّ كلَّ واحدٍ منها ثابتُ الحكمِ بنفسه، فلا حاجةَ فيه إلى الإشهاد.

ولو سمعَ من وراء الحجاب لا يسعُه أن يشهدَ لاحتمالِ أن يكون غيره، إذ النغمةُ تشبه النغمة، إلاَّ إذا كان في الدَّارِ رجلٌ وحده، وعلم الشاهد أنّه ليس فيه غيره، ثم جلسَ على المسلك، وليس له مسلك غيره، فسمعَ إقرارَ الرَّجلُ ولا يراه؛ لأنّه يحصلُ به العلم.

وينبغي للقاضي إذا فُسِّرَ له أن يقبله؛ لأنَّ النغمةَ تشبه النغمة، وليس من ضرورةِ جوازِ الشهادة القبول عند التفسير، وقالوا: إذا سمع صوتَ امرأة من وراء الحجابِ لا يجوز أن يشهدَ عليها، إلا إذا كان يرى شخصها، ذكره الزَّيْلَعِيُّ[1]، وغيره من الفقهاء الأخيار.

---

(١) في «تبيين الحقائق»(٤: ٢١٤).

ويقولُ: أشهدُ لا أشهدني، ولا يَشْهَدُ على الشَّهادةِ ما لم يُشَهِّدْ عليها

(**ويقولُ**[١]: **أشهدُ لا أشهدني**): أي في صورة: لم يشهد المشهودُ عليه.

(**ولا يَشْهَدُ**[٢] **على الشَّهادةِ**[٣] **ما لم يُشَهِّدْ عليها**

[١]قوله: **ويقول: أشهد**؛ بأنّه باع أو أقرّ؛ لأنّه عاينَ السبب فوجب عليه الشهادة كما عاين، وهذا إذا كان البيعُ بالعقد فظاهر، وإن كان بالتعاطي فكذلك؛ لأنَّ حقيقةَ البيعِ مبادلةُ المالِ بالمال، وقد وُجِد.

وقيل: لا يشهدونَ على البيع، بل يشهدونَ على الأخذِ والإعطاء؛ لأنّه بيعٌ حُكْمِيّ، وليس بيعٌ حقيقيّ، ولا يقول: أشهدني كيلا يكون كاذباً، وكذا في الإقرار يقول: أشهدُ أنّ فلاناً أقرّ، ولا يقول: أشهدُ لما ذكرنا، ولا بُدَّ من بيانِ الثمنِ في الشهادةِ على الشراء؛ لأنَّ الحكمَ بالشراء بثمنٍ مجهولٍ لا يصحّ. كذا في «البَزَّازيّة»، وغيرها.

[٢]قوله: **ولا يشهد**...الخ؛ هذا شروعٌ في النوعِ الثاني، يعني: لا يشهد على شهادةِ غيره ما لم يقل له الشاهد: اشهد على شهادتي؛ لأنَّ الشهادة ليست موجبةً بنفسها، وإنّما تصيرُ موجبةً بعد النقل إلى مجلس القضاء.

فيشترط فيها التحمُّل ولم يوجد، فلا يجوز، وكذا إذا سمعه فيشهدُ غيره على شهادته لا يسع له أن يشهد؛ لأنّه لم يحمله، وإنّما حمل غيرُه، ثمَّ لا بدَّ من قيدين آخرين لجوازها على شهادةِ غيره:

الأوّل: أن يقبلَ التحميل، فلو أشهد عليها فقال: لا أقبل، فإنّه لا يصيرُ شاهداً حتى لو شهدَ بعد ذلك لا تقبلُ كما في «القُنْيَة»، وينبغي أن يكون هذا على قول محمَّد ﷺ من أنّه توكيل، وللوكيل أن يقبل، وأمّا على قولِهما من أنّه تحميل، فلا يبطل بالردّ؛ لأنَّ مَن حمَّل غيرَه شهادةً لم تبطلْ بالردِّ.

الثاني: أن لا ينهاه الأصلُ بعد التحميل عنها، لما في «الخلاصة» معزياً إلى «الجامع الكبير»: لو حضر الأصلان ونهيا الفرعَ عن الشهادةِ صحَّ النهي عند عامَّة المشايخ، وقال بعضُهم: لا يصحّ، والأوَّل أظهر. كذا في «المنح»[(١)].

[٣]قوله: **على الشهادة**؛ فائدةُ هذا القيد أنَّ الشهادةَ بقضاءِ القاضي صحيحة،

---

(١) «منح الغفار»(ق٢: ١٢٣/أ).

فلا يَشْهَدُ عليها مَن سَمِعَ شهادةَ شاهدٍ، أو الإشهادَ على الشَّهادة، ولا يَشْهَدُ مَن رأى خَطَّه، ولم يَذْكُرْ شهادتَه

فلا يَشْهَدُ عليها مَن سَمِعَ شهادةَ شاهدٍ، أو الإشهادَ على الشَّهادة): أي سَمِعَ رجلٌ أداءَ الشَّهادةِ عند القاضي لا يَسَعُ له أن يَشهدَ على شهادتِه، وكذا إن سَمِعَ إشهاد الشَّاهدِ رجلاً آخرَ على شهادتِهِ لا يَسَعُ له أن يَشهدَ على شهادتِه؛ لأنَّه ما حمَّلَهُ، وإنَّما حمَّلَ غيرَه.

(ولا يَشْهَدُ[1] مَن رأى خَطَّه، ولم يَذْكُرْ شهادتَه)، هذا عند أبي حنيفة ﷺ؛ لأنَّ الخطَّ يُشْبِهُ الخطَّ[2]، وعندهما[3]: يحلّ إذا عَلِمَ أن هذا خطُّه؛ لأنَّ التَّغييرَ فيه نادرٌ. وقيل: ما ذُكِرَ أنَّه لا يَشْهَدُ لا خلافَ فيه

وإن لم يشهده القاضي عليه، لكن ذكرَ في «الخلاصة» خلافاً بين أبي حنيفةَ ﷺ وبين أبي يوسفَ ﷺ فيما إذا سمعاه في غيرِ مجلس القضاء، فجوَّزه أبو حنيفةَ ﷺ وهو الأقيس، ومنعَه أبو يوسفَ ﷺ وهو الأحوط، وجزمَ بالجواز في «المعراج» معلّلاً بأنَّ القضاء حجَّةٌ ملزمة، ومَن سمعَ حجَّةً حلَّ له أن يشهد بها. كذا في «البحر»[1].

[1] قوله: **ولا يشهد**؛ وكذا القاضي والراوي لا يعملان بالخطّ ما لم يذكر الواقعة والرواية.

[2]قوله: **لأنَّ الخطّ**...الخ؛ ولقوله ﷺ: «إذا علمت مثل الشمس فاشهد»[2]، فشرط أن يكون عالماً، ولا يتصوَّرُ العلم بدون تذكّر الواقعة.

[3]قوله: **وعندهما**... الخ؛ قال محمّد ﷺ: يجوز بكلِّ واحدٍ من الشاهد والقاضي والراوي أن يعملَ بالكتاب إن تيقّن به، وإن لم يتذكَّرْ الواقعةَ توسعةً للأمرِ على الناس.

وقال أبو يوسف ﷺ: يجوزُ للراوي أن يعملَ به لدلالةِ الظاهر، وكذا للقاضي أن يحكمَ بالشهادة، وأن يمضيَ القضاء بذلك، وليس للشاهد أن يشهدَ برؤية خطِّه ما لم يتذكَّر الشهادة؛ لأنّ سجلَّه في قِمْطَرِه، وهو في يده وتحت ختمه، فيؤمن من التبديل والتزوير، وكتابُ الرواةِ بأيديهم فيؤمنُ من التزوير، بخلافِ كتابةِ الشهود؛ لأنَّ الصكَّ يكون في أيدي الخصوم، فلا يؤمن من التبديل.

---

(١) «البحر الرائق»(٧: ١٢١).

(٢) سبق تخريجه قبل صفحات.

ولا بالتَّسامع بلا عيان

وإنَّما الخلافُ فيما إذا وَجَدَ القاضي شهادتَهُ[١] في ديوانِه؛ لأنَّ ما يكونُ تحت ختمِهِ يؤمنُ عليه التَّغييرُ بخلافِ الصَّكِّ فإنَّه في يدِ الخصم.

(ولا بالتَّسامع[٢] بلا عيان

وقال شمسُ الأئمّة الحَلْوَانِيّ: ينبغي أن يفتى بقولِ محمَّد ﷺ، وهكذا في «الأجناس». كذا في «الخلاصة»، وجزم في «البَزَّازيّة» بأنّه يفتى بقول محمّد، وفي «البحر»(١) معزياً إلى «المُبْتَغَى»: مَن وجد خطّه وعرفَه ونسيَ الشهادة وسعَهُ أن يشهدَ إذا كان في حَوْزِه، وبه نأخذ. انتهى. وفي «السراج الوهَّاج»: وما قاله أبو يوسفُ ﷺ هو المعمول به، وقال في «التقويم»: قولُهما هو الصحيح. انتهى. فعلى هذا ينبغي للشارح ﷺ أن يُفَصِّلَ المسألة.

[١]قوله: وجدَ القاضي شهادته؛ بأن شهدَ الشهودُ عند القاضي فأثبتَ في خريطة، وجاء المشهودُ له يطلبُ الحكم، ولم يحفظْهُ القاضي فعلى قول أبي حنيفةَ ﷺ لا يحكم القاضي بدون الذكر؛ لأنَّ الخطَّ يشبهُ الخطَّ، فلم يحصل العلم.

وعندهما: يحكم؛ لأنَّ القاضي لكثرة أشغالِهِ يعجزُ عن حفظِ كلِّ حادثة؛ ولهذا يكتب، وإنّما يحصل المقصود بالكتاب إذا جاز له الاعتماد عليه عند النسيان الذي لا يمكنُ التحرُّز عنه، وما يكونُ في خريطتِهِ يكون تحت ختمِهِ فيؤمن من الزيادةِ والنقصانِ فحصل له العلمُ بذلك.

بخلافِ الصكِّ، فإنَّ الشاهدَ إذا وجدَ شهادتَه من الصكّ، وعَلِمَ أنّه خطّه لا يحلُّ له أن يشهدَ بمجرّدِ وجدان الشهادةِ في الصكّ؛ لأنَّ الصكَّ في يد غير القاضي فلا يكون تحت ختمِهِ ليؤمن عليه من الزيادة والنقصان، فلا يحصل العلم بذلك.

[٢]قوله: ولا يشهد بالتسامع؛ أي بسبب التسامعِ بلا عيان، أي بشيء لم يعاينه إلاّ أن يشهدَ في النسب بأنَّ فلاناً ابن فلانٍ أو أخوه، والموت بأن فلاناً قد مات، والنكاحِ: بأن فلاناً قد تزوَّجَ فلانةً، والدخول: بأنَّ فلاناً تزوَّجَ فلانة ودخلَ بها، وولايةُ القاضي بأنَّ فلاناً قد تولّى القضاءَ من جانبِ فلانٍ الإمام.

وأصلُ الوقفِ بأنَّ فلاناً وقفَ هذه الضيعة مثلاً، واحترزَ به عن شرائطه؛ لأنّ أصلَ الوقفِ هو الذي يشتهرُ دون شرائطه فلا يقبل فيها بالتسامع، كما سيصرحُ الشارح ﷺ إليه.

(١) «البحر الرائق»(٧: ٧٢).

....

....

والقياس أن لا تجوز؛ لأنَّ الشهادةَ لا تجوزُ إلا بالعلم، ولا يتحقَّقُ العلم إلا بالمشاهدة والعيان، أو بالخبر المتواتر، ولم يوجد ذلك، فصار كالبيع والإجارة، بل أولى؛ لأنَّ حكمَ المالِ أخفُّ من حكمِ النكاح؛ ولهذا لا يجوزُ للقاضي أن يحكمَ بالتسامع، والحكمُ يجبُ بما تجب به الشهادة، ولهذا لو فسَّر للقاضي لا يقبله.

ووجه الاستحسان: إنَّ هذه الأمورِ تختصُّ بمعاينةِ أسبابها خواصٌّ من الناس، ويتعلَّق بها أحكام تبقى على انقضاء القرون، وانقراضِ الأعصار، فلو لم تقبل فيها بالتسامع أدّى إلى الحرج وتعطيل الأحكام؛ ولأنَّ الأسبابَ يقترنُ بها ما تشتهر به.

فإنَّ النسبَ: [يشتهر بالتهنئة و]بنسبةِ كلٍّ واحدٍ إلى آخرَ عند المخاطبات، والمنادات، والموت بالتعزية، وقسمة التركات، واندراس الآثار، والنّكاح بالشهود، والولائم، والدُّخول: بتعلُّقِ أحكامٍ مشهورةٍ من النسب، والمهر، والعدة، وثبوتِ الإحصان، والقضاءَ: بقراءة المنشور، واختلافُ الخصومِ إليه، وازدحامهم عليه، فنَزلت الشهرةُ منْزلةَ العيان، فلا يشترطُ فيها المشاهدة.

بخلافِ البيع والهبة والإجارة وأمثالها؛ لأنّها لا تختصّ بشهادةِ أسبابها خواصٌّ من الناس، بل بحضرةِ الخاصِّ والعامّ، وبه جرتِ العادة.

ولأنَّ الناسَ قاطبةً مجمعونَ على أنّهم يشهدونَ بهذه الأشياء بالشهرة، ألا ترى أنّا نشهدُ أنَّ علياً تزوَّج فاطمةَ رضي الله عنها ودخل بها، وشريحاً ﷺ كان قاضياً، وعمرُ بن الخطّابِ ﷺ تزوَّج بنت عليّ ﷺ، ولو تعلَّقت بحقيقةِ علم النسب أدّى إلى عدم الشهادة بها أصلاً؛ لأنَّ سببَ النَّسب العلوق، ولا علمَ للبشر فيه، وسببُ القضاء والتوليةِ ما لا يحضره إلا الوزير وأمثاله، وكذا الدخول لا يعرفه إلا الزوجان، فاكتفى في الكلِّ بالدليلِ الظاهر.

ثمَّ إنّما يجوز له أن يشهدَ بهذه بالتواتر، وبإخبارِ مَن يثقْ به، وإذا رأى امرأةً يدخلُ بها رجلٌ وينبسطان انبساطَ الأزواج، وسمعَ من الناس أنّها زوجتُهُ جاز له أن يشهدَ به، وإن لم يعاين عقدَ النكاح، وكذا شخصاً إذا رأى جالساً مجلسَ القضاء يفصل، جازَ له أن يشهدَ أنّه قاضٍ بكذا قالوا، وقال الشافعيُّ ومالكٌ وأحمد ﷺ: لا تقبلُ الشهادةُ بالتسامعِ في الدخول؛ لأنّه ممّا يعاين، كما في الشهادة على الزنا.

إلاَّ في النَّسب، والموت، والنِّكاح، والدُّخول، وولاية القضاء القاضي، وأصلِ الوقفِ إذا أخبرَه به عدلان أو رجلٌ وامرأتان

إلاَّ في النَّسب[1]، والموت، والنِّكاح، والدُّخول، وولاية القضاء القاضي، وأصلِ الوقفِ إذا أخبرَه به[2] عدلان أو رجلٌ وامرأتان[3])

وقلنا: إن الزّنا فاحشة، فلا يحتالُ في إثباتها بخلاف الدخول(١)، ذكره العلامة الشُّمُنِيُّ.

[١]قوله: **إلاَّ في النسب**...الخ؛ قصر الاستثناء على هذه الأشياءِ ينفي اعتبارَ التسامع في الولاء، وعن أبي يوسفَ ﷺ: إنّه يجوز؛ لأنّه بمنْزلةِ النسب؛ لقوله ﷺ: «الولاء لحمة كلحمة النسب»(٢)، فلو لم يجرِ بالتسامعِ لتعطّلت الأحكام.

ولهما: إنَّ العتقَ يبتني على زوال الملك، ولا بدَّ فيه من المعاينة، فكذا ما يبتني عليه، وذكر شمسُ الأئمّة السَّرَخْسِيّ ﷺ: إنَّ الشهادةَ بالعتقِ لا تقبل بالإجماع.

وذكر الحَلْوَانِيُّ: إنَّ الخلافَ ثابتٌ فيه أيضاً، ثمَّ ينبغي أن لا يفسَّرَ أنّه يشهد بالتسامع، فلو فسَّرَ لا يقبلُه كمعاينةِ شيء في يدِ إنسانٍ يطلقُ له الشهادة، فإذا فسَّرَ لا تقبل، كذا في «التبيين»(٣)، وغيره.

[٢]قوله: **إذا أخبر به**؛ ليحصلَ له نوعُ علم، وهذا يدلُّ على أنَّ لفظةَ الشهادة ليست بشرطٍ في الكلّ، أمّا الذي يشهدُ عند القاضي فلا بُدَّ له من لفظةِ الشهادة.

لكن قال العلامةُ الأكملُ في «العناية»(٤): يشترطُ أن يكون الإخبارُ بلفظِ الشهادةِ على ما قالوا؛ لأنّها توجبُ زيادةَ علمٍ شرعاً لا يوجبها لفظُ الخبر. انتهى.

وقال الزَّيْلَعِيُّ في «شرح الكنز»(٥): ويشترط [في] الإخبار لفظ الشهادة في غير الموت، وفي الموت لا يشترط؛ [لأنه لا يشترط] فيه العدد، فكذا لفظ الشهادة لا يشترط. انتهى.

[٣]قوله: **عدلان أو رجلٌ وامرأتان**؛ وقيل: يكفي في الموت أن يخبرَه واحدٌ

---

(١) ينظر: «تبيين الحقائق»(٤: ٢١٥).

(٢) في «صحيح ابن حبان»(١١: ٣٢٦)، و«المستدرك»(٤: ٣٧٩)، و«المعجم الأوسط»(٢: ٨٢)، و«معجم الشيوخ»(١: ٣١٢)، و«سنن البيهقي»(٦: ٢٤٠)، وغيرها.

(٣) «تبيين الحقائق»(٤: ٢١٦).

(٤) «العناية»(٦: ٤٦٧).

(٥) «تبيين الحقائق»(٤: ٢١٥).

ويشهد رأي جالسٌ مجلسَ القضاء يَدْخُلُ عليه الخصومُ أنه قاض، ورجل وامرأة يسكنان بيتاً، وبينهما انبساطُ الأزواج أنّها عرسُهُ

أي إذا كانوا عدولاً، والمرادُ بأصلِ الوقفِ أن هذه الضيعةَ وَقْفٌ على كذا، فبيانُ المصرفِ[1] داخلٌ في أصلِ الوقف، وأمَّا الشُّروطُ فلا يحلُّ فيها الشَّهادة بالتَّسامع.

(ويشهد[2] **رأى جالسٌ مجلسَ القضاء يَدْخُلُ عليه الخصومُ أنه قاض، ورجل وامرأة يسكنان بيتاً، وبينهما انبساطُ الأزواج أنّها عرسُهُ**

عدل، أو واحدة؛ لأنَّ الموتَ قد يتَّفقُ في موضعٍ لا يحضرُه إلاَّ واحد، وإذا وقعَ في موضعٍ يحضره قومٌ فقلّما يشاهدُهُ واحد، فاشتراطُ العدد فيه يؤدِّي إلى بعض الحرج، وصحَّح في «الظهيريّة»: إنَّ الموتَ كغيره.

وقال في «الفتح»(1): المختارُ الاكتفاءُ بالواحدِ في الموت، والعدالةُ إنّما تشترطُ في المخبرِ في غيرِ المتواتر، أمَّا في المتواتر فلا يشترطُ العدالة، ولا لفظُ الشهادة. كما في «الخلاصة»، واعلم أنَّ قول المتنِ على طبق ما قال الصاحبان، أمّا عند الإمامِ فلا تجوزُ الشهادةِ ما لم يسمع ذلك من العامّة بحيث يقع في قلبه صدقُ الخبر.

[1]قوله: **فبيانُ المصرف**...الخ؛ ذكر المِرْغِينانِيُّ ﷺ: إنّه لا بُدَّ من بيان الجهة بأن يشهدوا أنّه وقفٌ على هذا المسجد أو الفقر أو ما أشبهه، حتى لو لم يذكروا في شهادتهم الجهة لا تقبلُ شهادتهم.

[2]قوله: **ويشهد**...الخ؛ يعني مَن رأى شخصاً جالساً مجلسَ القضاء يدخل عليه الخصومُ جازَ له أن يشهدَ أنَّ ذلك الشخصَ قاضٍ، وإن لم يعاينْ تقليدَ الإمامِ إيّاه، وكذا مَن رأى رجلاً وامرأة يسكنان معاً في بيتٍ وبينهما انبساطُ الأزواجِ جازَ له أن يشهدَ على أنّها زوجةُ ذلك الرجل وإن لم يعاينْ عقدَ النكاح.

وقيل: لا بدَّ من الإخبار بأنّها زوجته، وكذا مَن رأى شيئاً سوى الآدميّ في يدِ رجلٍ يتصرَّفُ فيه تصرُّفَ الملاَّك جازَ له أن يشهدَ أنَّ ذلك الشيء للرَّجلِ المتصرِّفِ وإن لم يعاين أسبابَ الملك؛ لأنَّ اليدَ أقصى ما يستدلُّ به على الملك، إذ هي مرجعُ الدلالةِ في الأسبابِ كلّها فيكتفي بها، وعن أبي يوسفَ ﷺ: إنّه يشترطُ مع ذلك أن يقعَ في قلبه أنّه له. كذا في «الهداية»(2).

(1) «فتح القدير»(6: 468).

(2) «الهداية»(3: 120).

وشيءٌ سوى الرَّقيقِ في يدِ متصرِّفٍ كالملاكِ أنَّه له

وشيءٌ سوى الرَّقيقِ[1] في يدِ متصرِّفٍ[2] كالملاكِ أنَّه له)(١)

وأسندَ هذا القيد في «الظهيريّة» إلى الصاحبين، قالوا: يحتملُ أن يكون تفسيراً لإطلاقِ محمَّدٍ ﷺ في الرواية، قال الصدرُ الشهيد ﷺ: يحتمل أن يكون قوله قولُ الكلّ، وبه يأخذ.

وقال الرَّازيُّ: هذا قولُهم جميعاً، إذ الأصلُ في حلِّ الشهادةِ اليقين، فعندَ تعذُّرِهِ يصارُ إلى ما يشهدُ له القلب؛ لأنَّ كونَ اليدِ مسوِّغاً بسبب إفادتها ظنّ الملك، فإذا لم يقعْ في القلبِ ذلك الظنّ لم يفدْ مجرَّدَ اليد، ولهذا قالوا: إذا رأى إنسان درَّةً ثمينةً في يدِ كنَّاس، أو كتاباً في يدِ جاهلٍ ليس في آبائه مَن هو أهلٌ له لا يسعُه أن يشهدَ بالملكِ له، فعُرِفَ أنّ مجرَّدَ اليد لا يكفي.

ويشترطُ أن لا يخبرَه عدلان بأنّها لغيره، فلو أخبراه لم يجزْ له الشهادةُ بالملك، بخلاف ما إذا شهدَ به عدلٌ واحد؛ لأنَّ شهادةَ الواحدِ لا تزيلُ ما كان في قلبك أنّه للأوّل، فلا يحلُّ لك أن تمتنعَ عن الشهادةِ إلا أن يقعَ في قلبك أنّ هذا الواحد صادقٌ، فحينئذٍ لا يحلُّ لك أن تشهدَ أنّه للأوّل، وزيادةُ التفصيل. كذا في «حاشية الطحطاوي على الدرِّ المختار»(٢) إن شئت فارجعْ إليها.

[١]قوله: **سوى الرقيق**؛ وعن أبي حنيفةَ ﷺ: إنّه يحلُّ له أن يشهدَ فيه أيضا، وهو روايةٌ عن أبي يوسفَ ومحمَّدٍ ﷺ. كذا في «شرح البِرْجَنْدِي».

[٢]قوله: **متصرِّفٌ**؛ لم يقيِّد بهذا القيد صاحبُ «الهداية»(٣)، و«الكنز»(٤)، وقال الخصَّافُ: إن دليلَ الملكِ اليدُ مع التصرّف، وهو قولُ الشافعيّ ومالك وابن حامد الحنبلي ﷺ.

---

(١) صورته: رجل رأى عيناً في يد إنسان ثم رأى ذلك العين في يد آخر، والأوّلُ يدَّعي الملك، وسعه أن يشهدَ بأنه للمدّعي؛ لأن الملك في الأشياء لا يعرف يقيناً بل ظاهراً، فاليد بلا منازعة دليل الملك ظاهراً. ينظر: «الدرر»(٢: ٣٧٥).

(٢) «حاشية الطحطاوي»(٣: ٢٣٨).

(٣) «الهداية»(٣: ١٢١).

(٤) «كنز الدقائق»(ص١١٩).

فإن فسَّرَ للقاضي شهادتَهُ بالتَّسامع، أو بحكم اليدِ بطلت

فقوله: ورجلٌ وامرأةٌ عطفٌ على قولِهِ جالس.

وقوله: أنَّها عرسُهُ عطفٌ على قولِهِ أنَّه قاض، فهذا من بابِ العطفِ على معمولي عاملين مختلفين، والمجرورُ مقدَّم، فإنَّ جالسَ معمولُ رأى، وإنَّه قاضٍ معمولُ يَشْهَد.

وإنَّما قال سوى الرَّقيق؛ لأنَّ الآدمي له يدٌ على نفسِهِ[١] فيدفعُ يدَ الغيرِ عن نفسِهِ، والمرادُ إنسانٌ يُعَبِّرُ عن نفسِهِ[٢] حتَّى لو لم يُعَبِّرْ عن نفسِهِ كالصَّغير والصَّغيرة، فإنَّهما لا يدَ لهما فيعتبرُ يدُ الغير.

(فإن فسَّرَ للقاضي شهادتَهُ بالتَّسامع، أو بحكم اليدِ بطلت[٣])(١)

قلنا: التصرُّفُ يتنوَّع أيضا إلى أصالة وهي ظاهرة وسبابة، كالوكيل والمضارب وغيرهما، وانضمامُ محتملٍ إلى محتملٍ يزيدُ الاحتمال، فاعتبرنا أصلَ اليد، ولعلَّ المصنّف ﷺ إنّما قيّد بهذا القيد؛ ليتحقَّقَ دليلُ الملكِ بالاتّفاق.

[١]قوله: **لأنَّ الآدميَّ له يدٌ على نفسه**؛ حتى إذا ادّعى أنّه حرُّ الأصلِ كان القولُ قوله، فلا يثبتُ لغيرِهِ عليه يدٌ على الحقيقة، حتى يعتبرَ لإطلاقِ الشهادةِ بالملك، ولا يمكن أن يعتبرَ فيه التصرُّف، وهو الاستخدام؛ لأنَّ الحرَّ أيضاً يستخدمُ طائعاً كالعبدِ فلا يصلحُ دليلاً على الملك.

[٢]قوله: **إنسانٌ يعبِّرُ عن نفسه**؛ هذا تفسيرٌ للكبيرِ الواقعِ في عبارتهم، سواءً كان ذكراً أو أنثى كما في «النهاية»، والوجه فيه: أنَّ لهما يداً على أنفسهما تدفعُ يدَ الغير عنهما، فانعدمَ دليل الملك، حتى لو ادَّعيا الحريَّة الأصليَّة يكون القولُ قولهما، وأمَّا الصغيرُ الذي لا يعبِّرُ فهو كالمتاع لا يدَ له، فله أن يشهدَ بالملك فيه لذي اليد.

[٣]قوله: **بطلت**؛ ولا تقبل؛ لأنَّ التسامعَ أو الرؤيةَ في اليد يجوزُ للشهادة بالملك، والقاضي يلزمُهُ القضاءَ بالملك بالشهادة إذا كانت عن عيان ومشاهدة، أو إطلاق؛ لاحتمالِ المشاهدة، فيحملُ عليه.

---

(١) أي ينبغي للشاهد أن يطلق في أداء الشهادة، لا يقول: إنها بالتسامع أو بحكم اليد؛ لأنه يكون قد أقر بأنه شهد بغير علم؛ ولأن القاضي إنما يلزم بالشهادة إذا كانت عن عيان أو عن إطلاق لاحتمالها المشاهدة فيحمل عليها. ينظر: «فتح باب العناية»(٣: ١٣٥).

ومَن شَهِدَ أنَّهُ شَهِدَ دَفْنَ زيد، أو صلَّى عليه، قُبِلَتْ، وإن فسَّرَ وهو عيان

أقول: هذا يؤكِّدُ قولَ أبي يوسفَ ﷺ: أن بمجرَّدِ اليدِ لا تَحِلُّ الشَّهادة، بل يُشْتَرَطُ أن يقع في قلبِهِ[1] أنّه ملكه[2]، فإنَّه قد قيل: إنَّ قولَ أبي يوسفَ ﷺ تفسيرُ لإطلاقِ قول محمد ﷺ في روايةٍ؛ وذلك لأنَّ مجرَّدَ اليدِ لو كان سبباً لَمَا أبطلَ إظهارَ السبب الشَّهادة، فإذا بيَّن أنّه يشهدُ بمجردِّ اليدِ بطلتْ شهادتُه.

(ومَن شَهِدَ أنَّهُ شَهِدَ دَفْنَ زيد، أو صلَّى عليه، قُبِلَتْ[3]، وإن فسَّرَ وهو عيان)؛ لأنّ معاينةَ الموتِ لا يكونُ إلاَّ من واحد، أو اثنين، فحضورُ الدَّفن، أو الصَّلاةِ بمَنْزلةِ المعاينة، ولا يجري في مثل ذلك التَّلبيس عادة.

أمّا إذا كانت عن تسامعٍ أو رؤيةٍ في يدِهِ فلا تزيده علماً، فلا يجوز له أن يحكمَ بها، ألا ترى أنّه لا يجوز له أن يحكمَ بسماعِ نفسه ولو تواتر عندَه، ولا برؤيةِ نفسهِ في يدِ إنسان، فأولى أن لا يجيزَ بسماع غيره أو برؤية غيره. كذا في «التبيين»[1].

[١]قوله: يشترطُ أن يقعَ في قلبه...الخ؛ قيل: لو كان ذلك كافياً في الشهادةِ لقبلَها القاضي إذا قيّدَها الشاهدُ بما استفادَ العلمَ به من معاينةِ اليد، وليس كذلك.

أجيبَ: بأنّا جعلنا العيانَ مجوِّزاً للشاهد، بأن يقدمَ على الشاهد وذلك ثابتٌ لما قلنا، وأمّا أنّه يلزمُ القاضي العملَ به فلا يلزمه؛ ولهذا قلنا: إنَّ الرَّجل إذا كانت في يدِه دارٌ يتصرَّفُ فيها تصرُّفُ المالك، وبيعت دارٌ بجنبها، فلذي اليدِ أن يأخذها بالشفعة، والقاضي لا يقضي له عند إنكارِ المشتري أن تكون الدَّارُ ملكَ الشفيع؛ لأنَّ العيان ليس سبباً للوجوب. كذا في «العناية»[2].

[٢]قوله: أنّه ملكه؛ فإن وقعَ في قلبه أنّه ملكُ غيرِه لا يحلُّ له أن يشهدَ بالملك لذي اليد؛ لأنَّ الأصلَ اعتبارُ علمِ اليقين؛ لجوازِ الشهادة، فإذا فاتَ فاتَ شرطُ الجواز.

[٣]قوله: قبلت شهادتُهُ بالاتّفاق؛ وهو أي حضور دفن زيد أو صلاته عليه.

عيان؛ للموتِ حكماً، حتى لو فسَّرَ للقاضي، قيل: لأنّه لم يشهدْ إلاَّ بما علم توجب قبولها؛ لدخولِهِ تحت قوله ﷻ: ﴿إِلَّا مَن شَهِدَ بِٱلْحَقِّ وَهُمْ يَعْلَمُونَ﴾[3]، وقوله ﷻ: ﴿وَمَا شَهِدْنَآ إِلَّا بِمَا عَلِمْنَا﴾[4].

---

(١) «تبيين الحقائق»(٤: ٢١٧).
(٢) «العناية»(٦: ٤٧٠).
(٣) الزخرف: ٨٦.
(٤) يوسف: ٨١.

باب القبول وعدمه

ويقبلُ الشهادة

باب القبول وعدمه[1]

(ويقبلُ الشهادة[2]

[1]قوله: باب القبول وعدمه؛ بعد الفراغ عن بيانِ ما تسمعُ فيه الشهادة وما لا تسمع، أرادَ المصنِّفُ ﷺ أن يشرعَ في بيان مَن تسمعُ منه الشهادة، ومَن لا تسمع منه، ووجهُ تقديمِ ذلك البيان ظاهرٌ، فإنّه محالُ الشهادة، والمحالُ شروط له.

والشروطُ تتقدَّم على المشروط طبعاً، فالتقدُّم وضعاً أولى بالنظرِ إلى التوافق والقبول، بالضم: يبش آيدن دوزيدن باوصباد دلورا از ساقي كَرفتن، وبالفتح: يذير فتن، وهو مصدر شاذّ. كذا «الصراح».

والثاني: هو المراد هاهنا، يقال: قبلتُ العقد أقبلُه من بابِ تعب، قبولاً بالفتح، والضم لغةٌ حكاها ابن الأَعْرَابيّ، وقبلتُ القولَ: صدَّقتُه، وقبلتُ الهدية: أخذتها. كذا في «المصباح»(1).

والمرادُ مَن يجبُ قبول شهادته على القاضي، ومَن لا يجب لا مَن يصحُّ قبولها، ومَن لا يصحّ؛ لأنَّ من جملةِ ما ذكرَه ممَّن لا تقبل الفاسق، وهو لو قضى بشهادتِهِ صحّ بخلافِ العبدِ والصبيِّ والزوجةِ والولد والأصل.

لكن في «خزانة المفتيين»: إذا قضى بشهادة الأعمى أو المحدود في القذف إذا تابَ، أو بشهادةِ أحد الزوجين مع آخرٍ لصاحبه، أو بشهادةِ الوالِدِ لولَدِه أو عكسه نفذ حتى لا يجوزُ للثاني إبطاله، وإن رأى بطلانه. انتهى. فالمرادُ من عدمِ القبول عدم حلّه. كذا في «البحر»(2).

[2]قوله: ويقبلُ الشهادةَ؛ مطلقاً سواء كان على أهلِ السنّة أو بعضهم على بعض، أو على الكفرة إذا لم يكن اعتقادُ أهلِ الأهواء مؤدّياً إلى الكفر. كما في «الذخيرة» وغيرها، وإنّما قبلت شهادتُهم؛ لأنَّ فسقَهم من حيث الاعتقاد، وما أوقعه

---

(1) «المصباح المنير»(ص٤٨٨).

(2) «البحر الرائق»(٧: ٧٧).

من أهل الأهواءِ إلا الخطابيّة

من أهلِ الأهواءِ[١] إلا الخطابيّة[٢])، أهل الأهواء: أهلُ القبلةِ[٣]

فيه إلا تديّنه، فصار كمَن يشرب المثلث، ويأكلُ متروكَ التسمية عامداً مستبيحاً لذلك، بخلافِ الفسق من حيث التعاطي.

[١]قوله: **من أهل الأهواء**؛ الأهواءُ جمع هوى، مصدر هويتُه: إذا أحبَّه واشتهاه، ثم سمَّى به المَهْوِي والمُشْتَهى محموداً كان أو مذموماً، ثم غلبَ في المذموم، يقال فلانٌ اتَّبع هواه: إذا أريد ذمّه، وفلانٌ من أهلِ الأهواء: لمن زاغ عن طريقة أهلِ السنَّة والجماعة، وكان من أهل القبلة. كذا في «المغرب»(١).

ويسمَّى أهلُ الأهواءِ بأهلِ البدع أيضاً؛ ولذا وقعَ في «التلويح»(٢) في «ركن السنة»: الهوى هو الميلُ إلى الشهواتِ والمستلذّاتِ من غير داعيةِ الشرع، والمرادُ بصاحب الهوى: المبتدعُ المائلُ إلى مَن يهواه في أمر الدّين، وأصولُ أهلِ الأهواءِ ستّة: الجبر والقدر والرفض والخروج والشبه والتعطيل.

[٢]قوله: **الخطابيّة**؛ هم قومٌ ينسبون إلى أبي الخطَّاب محمّد بن وهب الأجدع، وقيل: محمّد بن أبي زينبَ الأسديّ الأجدع، وهو رجلٌ كان بالكوفة، وحارب عيسى بن موسى بن عليّ بن عبد الله بن عباس، وأظهرَ الدّعوى إلى جعفر فتبرأ منه جعفر ودعا عليه، فقتل هو وأصحابه، قتله وصلبه عيسى بالكناسة، وهي محلّةٌ بالكوفة؛ لأنّه ادّعى أنّ عليّاً ﷺ الإله الأكبر، وجعفر الصادق الإله الأصغر.

ويعتقدون أنّ مَن ادّعى منهم شيئاً على غيره يجب أن يشهدَ له تقيّة، وقيل: يعتقدونَ الشهادة لمَن حلفَ عندهم أنّه محق، ويقولون: المسلمُ لا يحلفُ كاذباً، فيتمكّن شبهةُ الكذب في شهادتهم، وقيل: يرون الشهادة لشيعتهم واجبة، فتكمن التهمة في شهادتهم فلا تقبل.

[٣]قوله: **أهلُ القبلة**؛ المرادُ بأهلِ القبلةِ الذي اتّفقوا على ما هو من ضروراتِ الدين، كحدوثِ العالم، وحشرِ الأجساد، وعلم الله تعالى بالكليّات والجزئيات، وما أشبه ذلك من المسائلِ المهمّات.

---

(١) «المغرب»(ص٥٠٨).

(٢) «التلويح»(٢: ٢٠).

....

الــذين لا يكــونُ معــتقدُهم معــتقدُ أهــلِ الــسُنَّةِ، وهــم الجــبرية[1] (١)، والقدرية(٢)، والرَّوافض(٣)

فمَن واظبَ طول عمره على الطاعات والعبادات مع اعتقادِ قدم العالمِ أو نفي الحشرِ أو نفي علمه سبحانه بالجزئيّات لا يكون من أهلِ القبلة. كما صرَّحوا به. والتفصيلُ في «شرح الفقه الأكبر»(٤) لعلي القاري رحمه الله الباري.

[١]قوله: **وهم الجبرية**؛ وهم الذين قالوا: إن العبد مجبرٌ لا قدرةَ له أصلاً لا خالقةً ولا كاسبةً، ويردُ عليهم بطلانُ الثواب والعقاب.

القدرية: وهم الذين قالوا: إنَّ للعبدِ قدرةٌ خالقت لأفعاله، ويردُ عليهم قوله جلالة: ﴿ وَاللَّهُ خَلَقَكُمْ وَمَا تَعْمَلُونَ ﴿٩٦﴾ ﴾(٥).

والروافض: وهم الذين رفضوا أكثرَ الصَّحابة، وأنكروا إمامةَ الشيخين، والمسحَ على الخفّين، وسبُّوا معاويةَ رضي الله عنه وأحزابه.

والخوارج: وهم الذين خرجُوا عن الطريقةِ السويّة، وحاربوا مع عليٍّ رضي الله عنه عنه، وشتموا أصهارَ رسول الله صلى الله عليه وسلم.

والمعطّلة: وهم الذين قالوا: إنّ الله تعالى معطّل، كما قال الحكماء: وإنّه صدرَ

---

(١) الجبرية: وهم الذين يزعمون أن العبد ليس قادراً على فعله، وهم أصناف: فالجبرية الخالصة هي التي لا تثبت للعبد فعلاً ولا قدرة على الفعل، والمتوسطة هي التي لا تثبت للعبد قدرة غير مؤثرة أصلاً. ينظر: «اعتقادات»(ص٦٨). «الملل»(ص١ : ٨٥).

(٢) القدرية: أوصل الملطي فرقهم إلى سبعة، فصنف منهم يزعمون أن الحسنات والخير من الله، والشر والسيئات من أنفسهم، لكن لا ينسبون إلى الله شيئاً من السيئات والمعاصي. ينظر: «التنبيه»(ص١٦٥ - ١٦٦).

(٣) الروافض: سموا بذلك؛ لأن زيد بن علي خرج على هشام بن عبد الملك فطعن عسكره في أبي بكر فمنعهم من ذلك فرفضوه ولم يبق معه إلا مئتا فارس، فقال لهم: رفضتموني. قالوا: نعم، فبقي عليهم هذا الاسم. وقد أوصلهم الملطي إلى ثمانية عشر فرقة، وقال: كلهم كفار خرجوا من التوحيد. ينظر: «التنبيه»(ص١٨ - ٣٤). «اعتقادات»(ص٥٢).

(٤) «شرح الفقه الأكبر» للقاري (ص١٥٤ - ١٥٥).

(٥) الصافات: ٩٦.

....

والخوارج، والمعطِّلة[١]، والمُشَبِّهة، وكلٌّ منهم اثنا عشرَ فرقة، فصاروا اثنين وسبعين.

والبعضُ فرَّقوا بين الهوى الذي هو كُفْرٌ كالقولِ: بأنَّه تعالى جسم، والهوى الذي ليس بكفر

منه تعالى وتقدّس عقلٌ أوّل، ثمَّ صدرَ منه عقلٌ ثانٍ ثمَّ وثمَّ إلى أن صدرَ العقلُ العاشر وهو العقل الفعّال، وعليه نظام العالم.

والمشبِّهة: وهم الذين شبَّهوا الله جَلَّ جَلَالُهُ بالخلق، وأثبتوا له الجسميّة، فغلاتهم على الجسم الصرف، وغير الغلاة قالوا: إنّه تعالى وتقدّس جسمٌ لا كالأجسامِ من دمٍ ولحمٍ لا كاللحوم، والتفصيلُ في المبسوطاتِ الكلاميّة.

وكل منهم اثنى عشرَ فرقة، صرَّح به في «الدر المختار»[٢]، و«منح الغفّار»[٣]، و«التبيين»[٤]، و«الرمز»[٥]، وغيرها.

لكن قال البِرْجَنْدِيّ في «شرح النُّقاية»: كبار فرقهم سبعٌ على ما في «المواقف»: المعتزلةُ: وهم عشرونَ صنفاً، والشيعةُ: وهم اثنان وعشرونَ صنفاً، والخوارجُ: وهم عشرونَ صنفاً، والمرجئةُ: وهم خمسةُ أصناف، والبُخاريّة: وهم ثلاثةُ أصناف، والجبريّة والمشبّهة: وهما صنفان، ففرق أهل الأهواء اثنتان وسبعون. انتهى.

فصار الاثنين وسبعينَ فرقةً كلُّهم في النار، والفرقةُ الزائدةُ على هذا العدد هي الناجية، وهي مَن كانت على ما كان عليه رسول الله ﷺ وأصحابه، ففي الحديث: «ستفترقُ أمَّتي على ثلاثةٍ وسبعينَ فرقة، كلُّها في النار، إلاَّ ما كان على ما أنا عليه

---

(١) المعطلة: عدّهم الملطي من فرق الزنادقة، وقال: هم الذين يزعمون أن الأشياء كائنة من غير تكوين، وأنه ليس لها مكون ولا مدبّر، وأن هذا الخلق بمنْزلة النبات في الفيافي والقفاري يموت سنة شيء، ويحيى سنة شيء، وينبت شيء. ينظر: «التنبيه»(ص٩١ – ٩٢).

(٢) «الدر المختار»(٤ : ٣٧٦).

(٣) «منح الغفار»(ق٢ : ١٢٥/أ).

(٤) «تبيين الحقائق»(٤ : ٢٢٣).

(٥) «رمز الحقائق»(٢ : ١٠٧).

وعند الشَّافِعِيِّ(١) ﷺ لا تقبل شهادتُهم لفسقِهم[١]. قلنا[٢]: لا يقع في الاعتقاد الباطلِ إلا ديانة، والكذبُ عند الجميع حرام. وأمَّا الخطابيّة: فهم من غلاةِ[٣] الرَّوافضِ يعتقدونَ الشَّهادةَ لكلِّ مَن حلف عندهم. وقيل: يرونَ الشَّهادة لشيعتِهم واجبة.

وأصحابي»(٢) الحديث.

[١]قوله: لفسقهم؛ إذ الفسقُ من حيث الاعتقادِ أغلظ من الفسقِ من حيث التعاطي ولا شهادة للفاسق.

[٢]قوله: قلنا...الخ؛ تقريره؛ أنَّ ما ذهبَ إليه أهلُ الأهواءِ فسقٌ من حيث الاعتقاد، والفاسقُ إنّما لا تقبلُ شهادتُهُ لتهمة الكذب، والفسقُ من حيث الاعتقاد لا يدلُّ على ذلك؛ لأنّه ما أوقعَه في الهوى إلا تعمُّقه في الدين.

ألا ترى أن فيهم مَن يعظّم الذنب حتى يجعلَه كفراً، ومنهم من يجعلُ منْزلته به بين الإيمانِ والكفر، فيكون هو أقوى اجتناباً عن الكذب، حذراً عن الخروج من الدّين، وصار كمَن يشربُ المثلث ويأكلُ متروكَ التسميةِ عامداً معتقداً إباحةَ ذلك، بخلاف الفسقِ من حيث التعاطي فإنّ فيه تهمةُ الكذبِ ظاهراً.

واستدلَّ محمَّدٌ ﷺ على قبولِ شهادةِ أهلِ الأهواء، فقال: أرأيتَ أنَّ أصحابَ رسول الله ﷺ ساعدوا معاويةَ ﷺ على مخالفةِ عليٍّ ﷺ، ولو شهدوا بين يديَّ علي ﷺ أكان تردُّ شهادتُهم، ومخالفةُ عليٍّ ﷺ بعد عثمان ﷺ بدعة وهوى، وكيف الخروجُ عليه بالسيف لما كان عنده تأويل وتدّين لم يمنعْ قبول شهادته، ذكره الزَّيْلَعِيُّ في «شرح الكنز»(٣).

[٣]قوله: غلاة؛ جمع غالي، كقضاة جمع قاضي، وهداة جمع هادي، من

---

(١) في كتب الشافعية: تقبل شهادة أهل الأهواء إلا الخطابية. ينظر: «أسنى المطالب»(٣: ٣٥٣)، و«نهاية المحتاج»(٨: ٣٠٥)، و«تحفة الحبيب»(٤: ٤٣١)، وغيره.

(٢) في «سنن الترمذي»(٥: ٢٦)، وقال: حديث غريب لا نعرفه إلا من هذا الوجه، و«مستدرك الحاكم»(١: ٢١٨)، و«المعجم الكبير»(١٧: ١٣).

(٣) «تبيين الحقائق»(٤: ٢٢٣).

والذِّميُّ على مثلِه وإن خالفا ملَّة، وعلى المستأمن، والمستأمنُ على مثلِه إن كانا من دارٍ واحدة

(والذِّميُّ[1] على مثلِه وإن خالفا ملَّة، وعلى المستأمن، والمستأمنُ على مثلِه إن كانا من دارٍ واحدة)، شهادةُ الذِّمي تقبلُ عندنا

الغلو، يقال: غلان في الأمر دركَزشت ازحدآن

[1]قوله: والذمي؛ أن يقبلَ شهادةَ الذمّي على مثله؛ أي على ذمّي آخر عدلاً في دينهم. كذا في «الجوهرة»[1]، وقيّد بقوله: على مثله؛ لأنّها لا تقبل على مسلم؛ لقوله جَلَّ: ﴿ وَلَن يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا ﴿١٤١﴾ ﴾[2]. وتقبلُ شهادةُ الذمّي على مثله إلاَّ في خمس مسائل:

الأولى: ما إذا شهد نصرانيّان على نصرانيّ أنّه قد أسلمَ وهو يجحد، فلم تجز شهادتهما، وكذا لو شهدَ عليه رجل وامرأتان من المسلمين، وترك على دينه، ولو شهدَ نصرانيَّان على نصرانيَّة أنّها أسلمت جاز، وأجبرها على الإسلام، ولا تقتل.

الثانية: ما إذا شهدا على ميّت وهو مديونٌ مسلم، والتركةُ لا تفي.

الثالثة: ما إذا شهدا عليه بعينٍ اشتراها من مسلم، والمسلمُ ينكر البيع.

الرابعة: ما إذا شهد أربعةٌ على نصرانيّ أنّه زنى بمسلمةٍ إلا إذا قال: استكرهها، فإنّه يحدُّ الرجلُ وحده.

الخامسة: ما إذا ادّعى مسلمٌ عبداً في يد كافر، فشهدَ كافران أنّه عبده، وقضى به فلان القاضي المسلم، ذكره في «الأشباه والنظائر»[3].

وإن؛ وصلية.

خالفا ملّة؛ كاليهود والنَّصارى؛ لأنَّ الكفرَ كلُّه ملَّةٌ واحدة، وتقبل شهادةُ الذميّ على المستأمن؛ لأنَّ الذميَّ أعلى حالاً منه؛ لكونِه من أهل دارنا، ولهذا يقتل المسلمُ بالذميّ لا بالمستأمن، ولا تقبلُ شهادةُ المستأمنُ على الذمّي؛ لقصورِ ولايتِهِ عليه؛

(١) «الجوهرة النيرة»(٢: ٢٣٢).

(٢) النساء: ١٤١.

(٣) «الأشباه والنظائر»(ص٢٨٤).

....

وعند مالك(١) ﷺ والشافعي(٢) ﷺ لا تقبل[١]، ثُمَّ عندنا إنَّما تُقبل على الذِّميِّ والمستأمن، وإن خالفا ملَّةً كالنَّصارى والمجوس، فإن الكفرَ كلُّه ملَّةٌ واحدة، ولا تقبلُ على المسلم، وشهادةُ المستأمنِ تقبلُ على المستأمنِ إن كانا من دارٍ واحدة، وإن كانا من دارينِ كالتُّركِ والرُّوم، فلا تقبل، ولا تقبلُ أيضاً على المسلمِ، ولا أيضاً على الذِّميّ.

لكونِهِ أدنى حالاً منه.

وتقبلُ شهادةُ المستأمن على مثله إن كان من دارٍ واحدة، حتى لو كانا من أهل دارين كالروم والترك لا تقبل؛ لأنَّ الولايةَ فيما بينهم تنقطعُ باختلافِ المنعتين؛ ولهذا لا يجري التوارث بينهما.

[١]قوله: **لا تقبل**؛ شهادةُ الذميّ على مثله وعلى الحربيِّ؛ لأنّه فاسق، قال الله ﷻ للكافرين ﴿ هُمُ ٱلْفَٰسِقُونَ ﴿٨٢﴾ ﴾(٣)، وهو أغلظُ من الفسقِ تعاطياً، فكان أولى بردّ شهادته؛ ولأنَّ الله ﷻ قال: ﴿ مِمَّن تَرْضَوْنَ مِنَ ٱلشُّهَدَآءِ ﴾(٤)، والكافرُ غير مرضيّ؛ ولأنَّ شهادةَ الرقيقِ تردّ؛ لما أنَّ الرقّ أثر الكفر.

فكيف تقبلُ شهادةُ من به حقيقةُ الكفر؛ ولأنَّ قبولَ شهادته يؤدّي إلتزامَ الحاكم القضاء بشهادته، ولا يجوز أن يلزمَ المسلم بشهادة الكافر؛ ولذا لا تقبل شهادته على المسلم بالإجماع؛ كيلا يتضرر به بشهادة الكافر.

ولأنّهم لا يجتنبون الكذب، فإنَّ الله تعالى أخبرَ عنهم أنّهم ينكرون الآيات عناداً مع علمهم بأنّه حقُّ الله ﷻ: ﴿ وَجَحَدُواْ بِهَا وَٱسْتَيْقَنَتْهَآ أَنفُسُهُمْ ظُلْمًا وَعُلُوًّا ﴾(٥) فكان ذلك كذباً منهم، والكذَّاب لا تقبلُ شهادته، فلم يكن أهلاً لهما كالمرتد؛ ولأنّه ليس بأهل للشهادة على المسلم، فكذا على الكافر كالعبد؛ لأنَّ مَن كان أهلاً لها لا يختلفُ

(١) ينظر: «المنتقى»(٥: ١٩٢).
(٢) ينظر: «الأم»(٧: ١٣٤).
(٣) آل عمران: ٨٢.
(٤) البقرة: ٢٨٢.
(٥) النمل: ١٤.

....

....

بين شخصٍ وشخص.

وقال ابن أبي ليلى ﷺ: إن اتّفقت مللهم تقبلُ شهادةُ بعضهم على بعض، وإن اختلفت لا تقبل؛ لقوله ﷺ: «لا شهادة لأهل ملّة على أهل ملّة أخرى إلا المسلمون، فإنَّ شهادتهم مقبولة على أهل الملل كلهم».

ولنا: ما أخرجَه ابنُ ماجة في «سننه»: عن جابر بن عبد الله: «إنّ النبي ﷺ أجازَ شهادةَ أهل الذمّة بعضُهم على بعض»[1]، والفسق من حيث الاعتقاد لا يمنع القبول؛ لأنّه يمتنعُ عن محظور دينه أشدُّ الامتناع، والكذب محظور في الأديانِ كلّها، ووصفهم الله ﷻ بالأمانةِ في قوله ﷻ: ﴿ وَمِنْ أَهْلِ ٱلْكِتَٰبِ مَنْ إِن تَأْمَنْهُ بِقِنطَارٍ يُؤَدِّهِۦٓ إِلَيْكَ ﴾[2]، والأمانةُ مرضيّة، وإن لم يكن الكافرُ مرضيّاً لكفره، ولَمَّا كان مؤتمناً في المعاملات كان مؤتمناً في الشهادة؛ لأنّها من أداءِ الأمانة.

والفرقُ بينه وبين العبد أنَّ العبد ليس من أهلِ الولاية على أحدٍ كالصبي، والشهادةُ من باب الولاية، والكافرُ أهلٌ للولايةِ على جنسه، فيكون أهلاً للشهادة أيضاً على جنسه، والقاضي لم يلزمه القضاء بقولِ الكافر.

وإنّما لزمه بالتقليد عند قيام الحجّة والقضاء أمانةٌ عنده، فيجب عليه أداؤه، كما يلزمه النظرُ للغيَّبِ، والصغارِ منهم ومن المسلمين من غيرِ أن ينظرَ بأي سببٍ وجبَ لهم الحقّ، وامتناعهم عن الكذبِ شاهد.

والعناد والجحود الذي حكى الله ﷻ عنهم في حقِّ من كان في ذلك الزمان، مع علمهم لا يوجبُ من أن تكون مَن في عصرنا منهم أن يكون عالماً بالحقّ، بل الظاهرُ أنّه يعتقد الكفر حقاً لجهله به، ولو علمَ لأسلم وقد كان في ذلك الزمان أيضاً مَن لا يعلم.

ألا ترى إلى قوله ﷻ: ﴿ وَمِنْهُمْ أُمِّيُّونَ لَا يَعْلَمُونَ ٱلْكِتَٰبَ إِلَّآ أَمَانِيَّ ﴾[3]، وقوله

---

(١) في «سنن ابن ماجة»(٢: ٧٩٤)، وفيه: لفظ: أهل الكتاب، قال في «مصباح الزجاجة»(٣: ٥٦): إسناده ضعيف.

(٢) آل عمران: ٧٥.

(٣) البقرة: ٧٨.

وعدوٍ بسببِ الدِّين، ومَن اجتنبَ الكبائر

(وعدوٍ[١] بسببِ الدِّين، ومَن اجتنبَ[٢] الكبائر

جَلَّاللهُ: ﴿وَإِنَّ فَرِيقًا مِّنْهُمْ لَيَكْتُمُونَ ٱلْحَقَّ وَهُمْ يَعْلَمُونَ ﴿١٤٦﴾﴾(١).

وقولهم: مَن كان أهلاً للشهادة لا يختلف بين شخص وشخص، منقوض بأن شهادة المسلم على عدوِّه لا تقبل فلا يتعذّر ردّ الشهادة بالنسبة إلى شخص للتهمة، فكذا هذا.

والمرتدّ لا ولاية له على أحدٍ فلا تقبل شهادته على أحد، كالعبد والصبي، وملّة الكفر واحدة فتقبل شهادة بعضهم على بعض، واختلفت مللهم؛ لأن بعضَهم ليس في قهر بعض، فلا يؤدِّي إلى النقول عليه.

[١]قوله: وعدوّ...الخ؛ أي وتقبلُ شهادةُ عدوّ بسبب الدين، والعدو: مَن يفرح لحزنك ويحزن لفرحك، وقيل: يعرف بالعرف، ووجه قبول شهادته أنَّ العداوةَ بسبب الدِّين تدلُّ على قوَّة دينه وعدالته؛ وهذا لأنَّ المعاداة قد تكون واجبة، بأن رأى فيه منكراً شرعيّاً ولم ينته بنهيه.

وقد قبلوا شهادة المسلم على الكافر مع ما بينهما من العداوة الدينيّةِ بخلافِ العداوة الدنيويّة، كشهادة المقذوف على القاذف، والمجروح على الجارح وغيرهما، فإنّها حرام فمَن ارتكبها لا يؤمن من النقول عليه.

وقال في «القُنْية»(٢): العداوةُ بسبب الدنيا لا تمنع ما لم يفسق بسببها، أو يجلب منفعة، أو يدفع بها عن نفسه مضرّة، وهو الصحيح، وعليه الاعتماد. انتهى. وهاهنا مباحث نفيسة ذكرها الحمويّ وغيره من الأعلام، تركناها خوفاً عن تطويل الكلام.

[٢]قوله: ومَن اجتنب...الخ؛ قد أشار هاهنا إلى العدالة، فإنّها شرط وجوب قبول الشهادة، وهي الاستقامة، وهي بالإسلام واعتدال العقل، ومعارضة هوى يصله ويصدّه، وليس لكمالها حدٌّ يدرك مداه، ويكتفي بقبولها أدناه كيلا تضيعَ الحقوق، وهو رجحانُ جهة الدِّينِ والعقل على الهوى والشهوة.

---

(١) البقرة: ١٤٦.

(٢) «قنية المنية»(ق٢٠٧/أ).

ولم يُصِرَّ على الصَّغائر، وغَلَبَ صوابُه

ولم يُصِرَّ[١] على الصَّغائر، وغَلَبَ صوابُه)، اختلفوا في تفسيرِ الكبائر[٢]: قيل: هي سبع:

١. الإشراكُ باللهِ تعالى.
٢. والفرارُ من الزَّحْف.
٣. وعقوقُ الوالدين.
٤. وقتلُ النَّفس بغير حق.

وأحسن ما قبل منه ما روى عن أبي يوسفَ ﷺ: إنّ العدلَ أن يكون مجتنباً عن الكبائرِ غير مصرٍّ على الصغائر، [و]هو أن تكون مروءته ظاهرة، فعدمها مفوِّت لها.

وفي «الخانية»: الفاسق إذا تاب لا تقبل ما لم يمضِ عليه زمان تظهر التوبة، ثم بعضُهم قدَّره بستَّةِ أشهر، وبعضُهم قدَّره بسنة، والصحيح أنَّ ذلك مفوَّض إلى رأي القاضي والمعدل. انتهى وفي «الخلاصة»: ولو كان عدلاً فشهد بزور ثمَّ تابَ فشهد، تقبلُ من غير مدّة. انتهى. كذا في «المنح»(١).

[١]قوله: ولم يصرّ...الخ؛ الظاهر أنّه لا حاجة إلى قوله: ولم يصرّ على الصغائر؛ لأنَّ الإصرارَ على الصغيرةِ كبيرةٌ، وبعد اعتبارِ ذلك لا حاجة إلى قوله: وغلب صوابه؛ لأنَّ مَن اجتنبَ الكبائر ولم يصرَّ على الصغارِ فالظاهرُ أنّ حسناته تكون أغلبُ من سيّئاته.

ثم إن كان المرادُ من الكبائرِ جميعاً حتى الغيبة، فوجود شاهد كذلك نادر، بل قد صرَّحوا بأنَّ شهادةَ شاربِ الخمر إذا لم يكن مدمناً مقبولة، وإن كان المرادُ بعضها كان كلاماً مجملاً لا طائلَ تحته، ويمكن أن يكون المراد الأوّل، ويكون مقصوده بيان أنّ مَن يكون على هذه الصفة تقبلُ شهادته لا أنها شرطٌ في قبول الشهادة، ذكره البِرْجَنْدِيُّ في «شرح النقاية»، فتأمّل فيه ولا تعجل.

[٢]قوله: الكبائر؛ جمع كبيرة، وهي السبعةُ العظيمة، وقيل: ما أوعد عليه الشارع بخصوصه، وقيل: ما عيّن له حد، وقيل: النسبةُ إضافيّة. كذا في «المرقاة»، وإن شئتَ زيادةَ التفصيلِ فارجع إلى «الزواجر»(٢) فإنَّ فيه ما يشفي العليل.

---

(١) «منح الغفار»(ق٢: ١٢٥/ب - ١٢٦/أ).
(٢) «الزواجر»(١: ٨).

....

٥.وبُهْتُ المؤمن.

٦.والزِّنا.

٧.وشُرْبَ الخمر.

وزادَ البعضُ: أكلُ مالِ اليتيمِ بغيرِ حقّ، وأكلُ الرِّبا، وقد ورد[1] في الحديث: «اجتنبوا السبعَ الموبقات: الشِّركُ بالله، والسِّحر، وقتلُ النَّفْس التي حرَّم اللهُ إلاَّ بالحقّ، وأكلُ الرِّبا، وأكلُ مالَ اليتيم، والتَّولي يومَ الزَّحف[2]، وقذفُ المحصَنَاتِ[3] المؤمناتِ الغافلات»(١)، وقد قال[4] ﷺ: «الكبائرُ: الإشراكُ باللهِ، وعقوقُ الوالدين[5]

[1]قوله: وقد ورد...الخ؛ روى البُخاريُّ، ومسلمٌ في «صحيحهما» عن أبي هريرةَ ﷺ قال: قال رسول الله ﷺ: «اجتنبوا السبع الموبقات: قالوا: يا رسول الله وما هنّ؟ قال: الشرك بالله، والسحر، وقتل النفس التي حرَّم الله إلا بالحق، وأكل الربا، وأكلُ مالِ اليتيم، والتولي يوم الزحف، وقذف المحصنات الغافلات المؤمنات»(٢).

[2]قوله: والتولي يوم الزحف؛ التوليّ: هو الإدبار. والزحفُ: هو الجماعة: أي الذين يرحصون إلى العدو: أي يمشون إليهم.

[3]قوله: المحصَنات؛ - بفتح الصاد وقد يكسر - ، أي أحصنها الله جَلَّلهُ وأحفظها، أو التي حفظت فرجها من الزّنا، والغافلات كنايةٌ عن البريّات، فإنّ البريء غافلٌ عمّا بُهِت به.

[4]قوله: وقد قال ﷺ ...الخ؛ روى البُخاريُّ ﷺ في «صحيحه»: عن عبد الله بن عمر ﷺ وقال: قال رسول الله ﷺ: «الكبائر: الإشراك بالله، وعقوق الوالدين، وقتل النفس، واليمين الغموس»(٣)، وفي رواية: أنس ﷺ: «وشهادة الزور»(٤) بدل: «اليمين الغموس».

[5]قوله: وعقوق الوالدين؛ أي قطع صلتهما مأخوذٌ من العق، وهو الشقُّ

---

(١) من حديث أبي هريرة ﷺ في «صحيح البخاري»(٣: ١٠١٧)، و«صحيح مسلم»(١: ٩٢)، وغيرها.

(٢) في «صحيح البخاري»(٣: ١٠١٧)، و«صحيح مسلم»(١: ٩٢)، وغيرها.

(٣) في «صحيح البخاري»(٦: ٢٥١٩)، وغيره.

(٤) في «صحيح البخاري»(٢: ٩٣٩)، وغيره.

....

وقتلُ النَّفس، واليمينُ الغموس[١]»(١)، فالصَّحيحُ[٢] أن هذه الأحاديثَ ليست لبيانِ الحصر، فالكبيرةُ[٣] كلُّ ما سُمِّي فاحشةً كاللُّواطة، ونكاحِ منكوحةِ الأب، أو ثَبَتَ لها بِنَصٍّ قاطعٍ عقوبةٌ في الدُّنيا أو في الآخرة، وقال الإمامُ الحَلْوَانيُّ ﷺ: ما كان شنيعاً بين المسلمين، وفيه هَتْكُ حرمةِ الله تعالى والدِّين، فهي كبيرة.

ثُمَّ بعد الاجتنابِ[٤] عن الكبائرِ كلِّها لا بُدَّ من عدمِ الإصرارِ على الصَّغيرةِ، فإن الإصرار على الصَّغيرةِ كبيرة

والقطع، والمرادُ عقوق أحدهما، وقيل: هو إيذاءٌ لا يتحمّل مثله من الولدِ عادة.

وقيل: عقوقهما مخالفةُ أمرهما فيما لم يكن معصية، وفي معناهما: الأجداد والجدَّات صرَّح به العلامة عليٌّ القاري رحمه الله الباري وغيره من المحقّقين.

[١]قوله: **الغموس**؛ الذي يغمسُ صاحبه في الإثم، ثمَّ في النار، وهو الحلفُ على الماضي عامداً بكذبه، والتفصيلُ قد مضى في كتاب الأيمان.

[٢]قوله: **فالصحيح**...الخ؛ دفعُ دخلٍ مُقدَّر تقريره: إنّ تفصيلَ الكبائرِ مستنبطٌ من الأحاديثِ الواردةِ فيها، وهي مختلفةٌ غير متوافقة، فكيف التوفيقُ والإحصاء، وحاصلُ الدَّفعِ أنَّ الأحاديثَ التي فيها تفصيلُ الكبائرِ ليست واردةً لبيانِ الحصر، بل لبيان بعض الأفراد، وللكبيرة معرِّف جامعٌ ينطبقُ على أفراده، وبعلمِ ذلك المعرِّفِ يحصلُ المقصود، فتذكَّر فيه.

[٣]قوله: **فالكبيرة**...الخ؛ قال العارفُ الأكمل والشيخ الأبجل، ذو الشأن العالي، الإمام الغزالي ﷺ الوالي في «الإحياء»(٢): والحقُّ أنَّ الذنوبَ منقسمة إلى ما يعلم استعظام الشرع إيّاها، وإلى ما يعلم أنّها معدودة في الصغائر، وإلى ما شكٌّ فيه فلا ندري ما حكمه، فالطمعُ في حدٍّ جامعٍ مانع، أو حصرِ عدد طلب محالٌ، إذ لا يمكن ذلك إلا بالسماع من صاحبِ الشرع، وربّما قصدَ الشارعُ إبهامَ واحدٍ منها؛ ليكونَ العباد منها على حذر. انتهى.

[٤]قوله: **ثمَّ بعد الاجتناب**... الخ؛ لا يخفى عليك أنَّ بعمديَّة الاجتنابِ عن

---

(١) من حديث ابن عمر وأنس ﷺ في «صحيح البخاري» (٦: ٢٥١٩،٢: ٩٣٩)، و«صحيح مسلم»(١: ٩٢)، وغيرها.

(٢) «إحياء علوم الدين»(٣: ١٢١).

والأقلفِ

وقوله: وغَلَبَ صوابُهُ: أي حسناتُهُ[١] أغلبُ من سيئاتِه، فإن الإلمامَ بالصَّغيرة لا يُسْقِطُ العدالة.

فقوله: ومَن اجتنبَ الكبائرَ إلى قولِهِ: وغَلَبَ صوابُهُ تفسيرُ العدل.

أقولُ[٢]: ولا بُدَّ فيه من قيدٍ آخر، وهو أن يجتنبَ الأفعالَ الخسيسةَ الدَّالةِ على الدَّناءة: أي عدم المروءة: كالأكلِ في الطَّريق، والبولِ على الطَّريق.

(**والأقلفِ**[٣]) إلاَّ إذا تركَ الاختتان استخفافاً بالدِّين

الكبائرِ كلِّها تستلزمُ أن لا يبقى كبيرةً يرتكبُ منها، والإصرارُ على الصغيرةِ كبيرة أيضاً، فكيف يتصوَّرُ الاجتنابُ عن الإصرار على الصغيرة بعد الاجتناب عن الكبائر كلِّها؛ لأنَّ الإصرارَ داخلٌ في مجموعة الكبائر، فالصوابُ أن يقال: ثمّ الاجتناب عن الكبائر كلِّها لا بدّ... الخ.

[١]قوله: **أي حسناته**...الخ؛ وإلى هذا أشار صاحب «الهداية»(١)، وقال: هذا هو الصحيح في حدِّ العدالة المعتبرة، إذ لا بُدَّ له من توقي الكبائر كلِّها، وبعد ذلك يعتبرُ الغالبُ كما ذكر، فأمّا الإلمامُ بمعصيةٍ لا تنقدحُ بها العدالة المشروطة فلا يرد به الشهادة المشروعة؛ لأنَّ في اعتبارِ اجتنابه الكلّ سدُّ بابه، وهو مفتوح؛ إحياءً للحقوق. انتهى.

[٢]قوله: **أقول: لا بُدّ من**...الخ؛ وأجيبَ بأنَّ العدلَ ما ذكر في المتن، وقد لا تقبل شهادةُ العدل لمانعٍ مثل أن يكون أعمى، ثم الأكل والبولُ في الطريق من الموانع أيضاً، فلا يَرِدُ ما ذكره فيه أنَّ مثلَ البول في الطريقِ ممنوع لخساسته، والعمى لا اختيارَ فيه، فلا يقدحُ العدل، فافهم.

[٣]قوله: **والأقلف**؛ وفي بعضِ النسخ: والأغلف بالغين المعجمة، أي ولا تقبلُ شهادة كبيرٍ لا يختن؛ لأنَّ العدالةَ لا تختلُّ بتركِهِ الختان؛ لكونه سنّة عندنا، وقيَّدَه قاضي خان بأن يتركَه لخوفٍ على نفسه، أمّا إذا تركه بغير عذرٍ لم تقبل.

وقال الزَّيْلَعِيُّ(٢): هذا إذا تركه لعذرٍ به من كبرٍ أو خوفِ هلاك، وإن تركه من غير عذرٍ استخفافاً بالدين لا تقبلُ شهادته؛ لأنّه لم يبقَ عدلاً مع الاستخفافِ بالدّين

---

(١) «الهداية»(٣: ١٢٤).

(٢) في «تبيين الحقائق»(٦: ٢٢٦).

والخَصيّ، وولدِ الزِّنا، والعُمَّال

(والخَصيّ[١]، وولدِ الزِّنا، والعُمَّال)، وعند مالك(١) ﵁ لا تقبل شهادة ولدِ الزِّنا على الزِّنا؛ لأنَّه[٢] يُحِبُّ أن يكونَ غيرُهُ كنفسِه.

وأمَّا العمَّالُ: فإن نفسَ العملِ ليس بفسق[٣] إلاَّ إذا كانوا أعواناً على الظُّلم

وعن ابن عبَّاس ﵁: لا تقبلُ شهادتُهُ وهو محمولٌ على ما إذا تركه استخفافاً بالسنة. انتهى.

ولم يقدِّر له الإمامُ وقتاً معلوماً بعدمِ ورودِ النصِّ به، وقدَّره المتأخّرون، واختلفوا في ذلك المختار إنَّ أوَّل وقته سبع، وآخره اثنتا عشر. كذا في «الخلاصة»، وهو سنَّة للرجال، مكرمةٌ للنساء، إذ جماعُ المختونة ألذ، قال الحَلْوَانيّ: كانت النساءُ يختتنَّ في زمنِ أصحابِ رسولِ الله ﷺ. كذا في «المنح»(٢).

[١]قوله: والخصي...الخ؛ أي تقبل شهادتهم، أمّا الخصيّ؛ فلأنّه قطعَ منه عضو ظلماً من غيرِ وجهٍ شرعي، فصار كالأقطع، وقد ثبت «أنّ عمر ﵁ قبل شهادةَ علقمةَ الخصيّ على ابن مظعون»(٣)، رواه ابن أبي شيبة ﵁.

وأمّا ولدُ الزنا؛ فلأنَّ فسقَ الأبوين لا يوجبُ قدحاً في عدالةِ الولد، ككفرهما، والإطلاق يشملُ ما إذا شهدَ بالزنا أو بغيره، والمرادُ بالعمّال عمَّال السلطان، وهم الذين يعينون السلطان في أخذِ الحقوقِ الواجبةِ كالخراجِ وزكاةِ السوائمِ ونحوهما.

وقيل: الذين يعملون بأيديهم ويؤاجرون أنفسهم؛ لأنَّ من الناس من قال: لا تقبل شهادةُ هؤلاء، وإنّما ذكرَ العمّال ردّاً على هذا القائل؛ لأنّ كسبهم أطيب، كما وردَ في الحديث، وفضل النّاس عند الله من يأكل من كسبِ يدِه فلا يوجبُ حرجاً.

[٢]قوله: لأنّه...الخ؛ قلنا: الكلام في قبول شهادةِ ولد الزنا إذا كان عدلاً، والعدلُ لا يستحبُّ أن يكون غيره مثله.

[٣]قوله: ليس بفسق؛ فإنّ أجلاء الصحابة كانوا عمّالاً؛ لأنَّ العملَ عبادة، وله أجر.

(١) ينظر: «التاج والإكليل»(٨: ١٧٩)، و«مواهب الجليل»(٦: ١٦١)، و«حاشية الدسوقي على الشرح الكبير»(٤: ١٧٣)، وغيرها.

(٢) «منح الغفار»(ق٢: ١٢٦/أ).

(٣) في «مصنف ابن أبي شيبة»(٥: ٩)، وغيره.

ولأخيهِ وعمِّهِ، ومَن حُرِّمَ رضاعاً أو مصاهرةً. لا من أعمى

وقيل: العاملُ إذا كان وجيهاً ذا مروءة لا يجازفُ في كلامِه تُقْبَلُ شهادتُه[1]، وإن كانَ فاسقاً، فقد رُوِي عن أبي يوسفَ ﷺ: إن الفاسقَ إذا كان وَجيهاً لوجاهتِهِ لا يَقدمُ على الكذبِ تقبلُ شهادتِه.

(ولأخيهِ[2] وعمِّهِ، ومَن حُرِّمَ رضاعاً أو مصاهرةً.

لا من أعمى)

[1]قوله: تقبل شهادته؛ لأنّه لمهابتِهِ لا يتجاسرُ أحدٌ على استئجارِه على الشهادةِ الكاذبة، ولوجاهته لا يقدمُ على الكذبِ حفظاً للمروءة، وفي «الكافي»: هذا كان في زمانهم؛ لأنَّ الغالبَ عليهم الصلاح، وفي زماننا: لا تقبلُ شهادةُ العمَّال بغلبة ظلمهم. انتهى.

[2]قوله: ولأخيه...الخ؛ أي وتقبلُ الشهادةُ لهم؛ لانعدامِ التهمة، لأنَّ الأملاكَ ومنافعَها متباينة، ولا بسوطة لبعضهم في مالِ بعض، وفي «المحيط البرهاني»: وهذا الجوابُ لا يشكل فيما إذا شهدَ لأبيه والأبُّ ميّت، إنّما يشكلُ فيما إذا شهد لأبيه والأب حيّ.

والجواب: إنَّ شهادةَ الإنسان لأبيهِ إنّما لا تقبل؛ لأنَّ منافعَ الأملاكِ بين الأبِ والابن متَّصلة، وكانت الشهادةُ للأب شهادةٌ لنفسِه من وجه فلم تقبل، وأمّا شهادتُهُ لأخيه فليست لنفسِهِ أصلا؛ لتباين الأملاك. انتهى.

وفي «القُنْية»[1]: امتدت الخصومة سنين، ومع المدَّعي أخٌ وابنُ عمٍّ يخاصمان له مع المدَّعى عليه، ثم شهدا له في هذه الخصومةِ بعد هذه الخصوماتِ لا تقبل شهادتهما. انتهى.

وقال في «البحر»[2] بعد نقل هذا القولِ المذكور: قال في «خزانة الفتاوى»: إذا تخاصم الشهود والمدَّعى عليه تقبلُ إن كانوا عدولاً. انتهى. قال: وينبغي حمله على ما إذا لم يساعد المدَّعي في الخصومة، أو لم يكثر ذلك منهم توفيقاً. انتهى.

ونقل في «السراجية» ما يوافقُ «خزانةَ الفتاوى» حيث قال: إذا تشاجرا ثمَّ شهدَ أحدُهما على الآخر تقبلُ إن كان عدلاً. انتهى.

---

(١) «قنية المنية»(ق٢٠٦/ب).

(٢) «البحر الرائق»(٧: ٩٣).

....

وفي روايةٍ عن أبي حنيفةَ ﷺ تقبلُ[١] فيما يجرى فيه التَّسامعُ، وهو قولُ زُفَرَ ﷺ، وعند أبي يوسفَ ﷺ والشَّافِعِيِّ(١) ﷺ تقبلُ إذا كان[٢] بصيراً عند التَّحمُّل، وإن عمي بعد الأداءِ قبلَ القضاءِ فلا يقضي[٣] القاضي عند أبي حنيفةَ ﷺ ومحمَّدٍ ﷺ خلافاً لأبي يوسفَ ﷺ، وقولُهُ أظهر[٤].

[١]قوله: تقبل...الخ؛ لأنّه يساوي البصير في السماع، إذ لا خلل في سمعه.

[٢]قوله: تقبل إذا كان...الخ؛ لحصولِ المقصود بالمعاينة، وهو العلم، والأداءُ يختصُّ بالقول، ولسانه صحيح فصيح، والتعريفُ يحصلُ بالنسبة كما في الشهادةِ على الميّت، ولا خلل في حفظه، ولم يفت في حقّه إلا الإشارة، وذكرُ الاسمِ يقوم مقامَهما عند تعذُّرها، كما في الشهادةِ على الميّت.

وقال مالك ﷺ: تقبلُ شهادتُهُ مطلقاً كالبصير.

ولنا: إنَّ الأداءَ يفتقرُ إلى التمييز بين الخصمين، ولا يفرَّقُ بينهما إلاَّ بالنغمة، فيخشى عليه التلقين من الخصم، إذ النغمةُ تشبهُ النغمة، وربما يشاركه غيرُهُ في الاسمِ والنسب، فكان فيه شبهة، وهذه الشبهة يمكنُ التحرُّزُ عنها بجنس الشهود، فإنَّ بالشهودِ البصراءِ كثرة، وفيه غنية عن شهادة الأعمى.

بخلاف الشهادة على الميّت، فإنَّ الاحترازَ عنه بجنس الشهود غير ممكن؛ لأنَّ المدَّعي وإن استكثرَ من الشهودِ يحتاجُ إلى إقامةِ الاسم له، والنسبة مقام الإشارة، والنسبةُ لا تكون إلا لتعريفِ الغائبِ لا الحاضر، فصار كالحدودِ والقصاص، فإنَّ شهادةَ الأعمى في الحدودِ والقصاص لا تقبلُ إجماعاً، فكذا في غيرها.

[٣]قوله: فلا يقضى...الخ؛ لأنَّ قيامَ الأهليّة شرطٌ وقتَ القضاءِ لتصير حجّةً، فصار كما إذا خرس أو جنّ أو فسق أو ارتدَّ نعوذ بالله من ذلك، بخلاف ما إذا ماتوا أو غابوا؛ لأنّ الأهليّة تنتهي بالموت، وبالغيبة باقيةٌ على حالِها. كذا في «التبيين»(٢).

[٤]قوله: وقوله أظهر...الخ؛ ردّه يعقوب باشا(٣): بأنَّ المفهومَ من سائرِ الكتبِ عدم أظهريّته.

(١) ينظر: «الأم»(٧: ٤٨)، و«تحفة الحبيب»(٤: ٤٤٥)، وغيرهما.

(٢) «تبيين الحقائق»(٤: ٢١٨).

(٣) في «حاشية على شرح الوقاية»(١٢٧/أ).

ومملوك، ومحدودٍ في قذف وإن تاب، إلا مَن حُدَّ في كفرِهِ فأسلم

(**ومملوك**[١]، **ومحدودٍ في قذف وإن تاب**[٢])، إنَّما قال هذا؛ لأنَّه تقبل عند الشَّافِعِي[٣] رضي الله عنه(١) إذا تابَ

[١]قوله: **ومملوك**؛ أي ولا تقبلُ الشهادة من مملوكٍ سواءً كان قِنّاً أو مكاتباً أو مدبراً أو أمَّ ولد؛ لأنَّ المملوكَ لا ولايةَ له على نفسه، كالصبيّ، فعلى غيره أولى، ومعتقُ البعضِ كالمكاتب، والمعتقُ في المرضِ كالمكاتب في زمنِ سعاية لا تقبل شهادته. كذا في «البزازية»(٢).

[٢]قوله: **محدود في قذف وإن تاب**؛ أي لا تقبلُ شهادتُهُ لقوله جل جلاله: ﴿وَلَا تَقْبَلُوا۟ لَهُمْ شَهَٰدَةً أَبَدًا﴾(٣)؛ ولأنَّ ردَّ الشهادةِ من تمامِ الحدّ؛ لكونه مانعاً عن القذف؛ لأنَّ فيه معنى الزجر؛ لأنَّه يؤلمُ قلبه، كما أنَّ الجلدَ يؤلمُ بدنه، وقد آذاه بلسانه، فعوقبَ بإهدارِ منفعةِ لسانهِ جزاءً وفاقاً، فيبقى بعدَ التوبةِ كأصله وهو الجلد؛ لأنَّ ردّ شهادته من تمام الحدّ، وأصلُ الحدّ لا يرتفعُ بالتوبة، فكذا المتممّ له. كذا في «الكفاية»(٤).

[٣]قوله: **تقبل عند الشافعيّ** رضي الله عنه **إذا تاب**؛ لقوله جل جلاله: ﴿إِلَّا ٱلَّذِينَ تَابُوا۟﴾(٥)، وحكم المستثنى يكون بخلافِ المستثنى منه، وبه قال مالك رضي الله عنه وعثمان البتيّ رضي الله عنه.

قلنا: الاستثناء ينصرفُ إلى ما يليه وهو قوله جل جلاله: ﴿وَأُو۟لَٰٓئِكَ هُمُ ٱلْفَٰسِقُونَ﴾(٦)؛ لأنَّه للاستئناف؛ لأنَّ ما قبلَه أمرٌ ونهيٌ، وهذه جملةٌ اسميَّةٌ إخبارٌ عن حالٍ قائمةٍ فيهم، فلم يحسنِ العطف فكانت مستأنفة، فانصرافُ الاستثناءِ إلى هذه الجملةِ فحسب، أو هو استثناءٌ منقطعٌ بمعنى لكن؛ لأنَّ التائبين ليسوا من جنسِ الفاسقين، فكان معناه: لكن الذين تابوا فإنّ الله يغفر ذنوبهم ويرحمهم، فكان كلاماً مبتدأ غير متعلّقٍ بما قبله.

---

(١) ينظر: «الأم»(٦: ٢٢٦)، و«مغني المحتاج»(٤: ٤٣٨)، وغيرها.

(٢) ينظر: «الفتاوى البزازية»(٥: ٢١٢).

(٣) النور: ٤.

(٤) «الكفاية»(٦: ٤٧٥ - ٤٧٦).

(٥) النور: ٥.

(٦) النور: ٤.

إلا مَن حُدَّ في كفرِهِ فأسلم، وعدوٌ بسببِ الدُّنيا

(إلا مَن حُدَّ[١] في كفرِهِ فأسلم، وعدوٌ بسببِ الدُّنيا[٢]

وفي «تحرير الكمال»(١): الأوجه أنّه متّصل، وقرَّره في «التلويح»(٢): بأنَّ المعنى أولئك الذين يرمون محكومٌ عليهم بالفسقِ إلا التائبين.

وأمَّا رجوعُ الاستثناءِ إلى الكلِّ في آية المحاربين فلدليلٌ اقتضاه وهو قوله تعالى: ﴿مِن قَبْلِ أَن تَقْدِرُواْ عَلَيْهِمْ﴾(٣)، فإنّه لو حاد إلى الأخير: أعني قوله ﷻ: ﴿وَلَهُمْ عَذَابٌ عَظِيمٌ﴾(٤)، لم يبقَ فائدة؛ لأنَّ التوبةَ تسقطه مطلقاً، ففائدتُهُ سقوطُ الحد، وتمامه في «الفتح»(٥).

وقال في «البحر»(٦) نقلاً عن «البدائع»: كلُّ فاسقٍ تابَ عن فسقه قبلتْ توبتُهُ وشهادتُهُ إلا اثنين: المحدودُ في قذف، والمعروف بالكذب؛ لأنَّ مَن صار معروفاً بالكذبِ واشتهر به، لا يعرفُ صدقُهُ من توبته، بخلافِ الفاسقِ إذا تابَ عن سائر أنواعِ الفسق، فإنَّ شهادته تقبل. انتهى.

[١]قوله: إلاَّ من حدّ...الخ؛ تفصيلُهُ: إنّ ذميّاً إذا حدَّ في قذفٍ لم يجزْ شهادته بعد ذلك على أهل الذمّة، ثم إذا أسلم جازتْ شهادتُهُ على أهلِ الذمة وعلى المسلمين جميعاً؛ لأنَّ هذه الشهادة استفادها بعد الحدِّ بالإسلام، فلم يلحقها رد؛ لأنَّ التي ردَّت غير هذه.

بخلافِ العبدِ إذا حدّ ثمَّ أُعْتِق، حيث لم تقبلْ شهادتُه؛ لأنّه لم يكن له شهادة على أحدٍ وقتَ الجلد، فلم يتمَّ الردّ إلا بعد الإعتاقِ في حقّه فلا يتصوَّر قبولُها.

[٢]قوله: وعدوٌ بسبب الدنيا؛ أي لا تقبلُ الشهادة منه؛ لأنَّ المعاداةَ لأجل الدنيا حرام، فمَن ارتكبَها لا يؤمنُ من النقول عليه، بخلاف المعاداةِ لأجل الدِّين، فإنّها تدلُّ على كمال دينه وعدالته، كما تقدَّم.

---

(١) «التحرير»(ص١١٧).

(٢) «التلويح»(٢: ٥٦).

(٣) المائدة: ٣٤.

(٤) المائدة: ٣٣.

(٥) «فتح القدير»(٦: ٤٧٥).

(٦) «البحر الرائق»(٧: ٧٩).

ولا لأصلِه، وفرعِه، وزوجِه، وعرسِه

ولا لأصلِه[١]، وفرعِه، وزوجِه، وعرسِه): في العدو لا تقبلُ[٢] شهادتُه على مَن يعاديه، وتقبلُ له، وفي الأصل إلى آخرِهِ على العكس

[١]قوله: ولا لأصله وفرعه؛ أي ولا تقبلُ الشهادةُ لهم؛ لقوله ﷺ: «لا يقبلُ شهادةُ الولدِ لوالده، ولا الوالدُ لولده، ولا المرأةُ لزوجها ولا الزوجُ لامرأته، ولا العبدُ لسيِّده، ولا السيدُ لعبده، ولا الأجيرُ لِمَن استأجره»(١)، رواه الخصَّافُ ﷺ بإسناده إلى النبيّ ﷺ، وهو في «مصنّف ابن أبي شَيْبَة» و«عبد الرزَّاق» من قول شريح ﷺ، ذكره الزَّيْلَعِيُّ ﷺ في «نصب الراية»(٢).

ولأنَّ المنافع بين الأولادِ والآباء متَّصلة؛ ولهذا لا يجوز أداء الزكاة إليهم، فتكون شهادةً لنفسه من وجه، أطلق الفرع فشملَ الفرع من وجه، فلا تقبلُ شهادةُ [ولد] الملاعن لأصوله أو هو له، أو لفروعه؛ لثبوته من وجه بدليلِ صحَّةِ دعوته منه، وعدمها من غيره، وتحرمُ مناكحته، ووضع الزكاة فيه، فأحكامُ البنوَّةَ ثابتةٌ له إلا الإرث والنفقة من الطرفين، صرَّح به في «المنح»(٣)، وغيره.

وقيَّد بالشهادة لهم؛ لأنَّ الشهادةَ على أصلِهِ وفرعِه مقبولة، إلاَّ إذا شهد الجدُّ على ابنه لابنِ ابنه على أبيه، فإنّها لا تقبل لوجودِ المانع من المشهود له. كذا في «البحر»(٤).

[٢]قوله: لا تقبل...الخ؛ قال البِرْجَنْدِيُّ في «شرح النُّقاية»: ما ذكرَ من أنَّ العدوَّ بسبب الدُّنيا لا تقبلُ شهادتُهُ مذكورٌ في «المحيط» وغيره، وهو اختيارُ المتأخِّرين، والروايةُ المنصوصةُ ما ذكرَه في «خزانة الفقه»: إنّه يقبل شهادةُ العدوِّ مطلقاً؛ إذ العداوةَ لو كانت مسقطةً للشهادة وجبَ أن يكون كذلك في الكلِّ كالفسق.

وذكر في «شرح السنة»: إنَّ شهادةَ العدوِّ لا تقبلُ عند الشافعي ﷺ، وتقبلُ عند أبي حنيفة ﷺ إذا كان عدلاً.

---

(١) في «مصنف ابن أبي شيبة»(٤: ٥٣١)، و«مصنف عبد الرزاق»(٨: ٣٢٥)، وغيرها.

(٢) «نصب الراية»(٥: ٨٦ – ٨٧).

(٣) «منح الغفار»(ق٢: ١٢٨/ب).

(٤) «البحر الرائق»(٧: ٨٠).

وسيِّدٍ لعبدِه، ومكاتَبِه، وشريكِه فيما يشتركانِه

وفي الزَّوجِ والعرسِ خلافُ[1] الشَّافِعِيِّ ﷺ(١). (وسيِّدٍ لعبدِه[2]، ومكاتَبِه، وشريكِه[3] فيما يشتركانِه)

وفي «القُنْية»(٢): قال أستاذنا: الصحيحُ أنَّ العدوَّ إذا كان عدلاً يقبل شهادتُهُ مطلقاً، وعليه الاعتماد، وهذا إذا شهدَ العدوّ على العدوّ، فإن شهد له ينبغي أن تقبلَ اتِّفاقا؛ لعدم التهمة حينئذٍ. انتهى.

[١]قوله: خلاف الشافعي ﷺ؛ فيقول: لا قرابة بينهما، والزوجيّةُ قد تكون سبباً للتنافر والعدواة، وقد تكون سبباً للميل والإيثار، فصارَ نظير الأخوة؛ ولهذا يجري القصاصَ بينهما، والحبس بالدَّين، ولا اعتبارَ بالمنفعة الثابتة ضمناً كما في الغريم إذا شهد لمديونه المفلس.

ولنا: ما روينا من الحديث، وما بيّنا في المعنى، وهو أنَّ المنافعَ بينهما متَّصلة؛ ولهذا يعدُّ أحدُهما غنياً لغناء صاحبه، وقيل: المرادُ بقوله جَلَّلَهُ: ﴿ وَوَجَدَكَ عَآئِلًا فَأَغْنَىٰ ﴾(٣) أي بمالِ خديجةَ رضي الله تعالى عنها. كذا في «التبيين»(٤)، وغيره.

[٢]قوله: وسيِّد لعبده ومكاتَبه؛ لما روينا من الحديث؛ ولأنَّ شهادةَ السيِّد لعبده شهادة لنفسِهِ من كلِّ وجه؛ لأنَّ العبد وما يملكه لمولاه، وهذا إذا لم يكن على العبد دين، أو من وجه إذا كان عليه دين؛ لأنَّ حالَ العبد دائرٌ بين أن يصيرَ العبدُ للغرماء بسبب بيعهم إيّاه في دينهم، فيصيرُ أجنبيّاً فتقبل شهادةُ السيّد له، أو يبقى للمولى كما كان بسببِ قضاءِ دينه.

وشهادةُ السيِّدِ لمكاتبِهِ أيضاً شهادةٌ لنفسه؛ لكونِ حال العبدِ موقوفاً مراعى، فإنَّ المكاتَبَ إن أدّى بدلَ الكتابةِ صار أجنبيّاً، وإلاَّ عاد رقيقاً، فتكونُ شهادةً لنفسه.

[٣]قوله: وشريكه...الخ؛ أي ولا تقبلُ شهادةُ أحد الشَّريكين للآخر فيما

(١) ينظر: «نهاية المحتاج»(٨: ٣٠٤)، و«المحلي»(٤: ٣٢٣)، و«تحفة الحبيب»(٤: ٤٠٠)، وغيرها.

(٢) «قنية المنية»(ق٢٠٧/أ).

(٣) الضحى: ٨.

(٤) «تبيين الحقائق»(٤: ٢٢٠).

ومخنَّثٍ

إنَّما قال هذا؛ لأنَّه تقبلُ للشَّريكِ في غيرِ مالِ الشِّرْكة، وكذا لا تقبلُ شهادةُ الأجيرِ، وقيل[1]: يرادُ به التِّلميذُ الخاصُّ الذي يَعُدُّ ضررَ أستاذِهِ ضررَ نفسِه، ونفعَهُ نفعَ نفسِه. وقيل: يرادُ به الأجيرُ مسانهة[2](1)، أو مشاهرة.

(**ومخنَّثٍ**[3]

يشتركانه؛ لكونِ هذه الشهادة شهادةً لنفسه من وجه؛ لاشتراكهما فيه؛ لأنَّه يصيرُ شاهداً لنفسه في البعض، وذلك باطل، وبطلانُ البعضِ يستلزمُ بطلانَ الكلّ؛ لكونها غير متجزئة، فإنَّها شهادةٌ واحدة.

[1]قوله: **وقيل**: يراد به؛ أي بالأجيرِ هاهنا، أو في الحديث المذكور سابقاً التلميذ الخاصّ، وهو الذي يأكلُ مع الأستاذ.

وفي عياله: الذي يعدّ ضررَ أستاذه ضرر نفسه، ونفعه نفعُ نفسه، وهو معنى قوله ﷺ: «لا شهادةَ للقانعِ بأهلِ البيت»(2)، رواه التِّرْمِذِيُّ، عن عائشةَ رضي الله عنها. كذا في «الهداية»(3).

والقانع: التابعُ لأهلِ البيت؛ كالخادم لهم، وفي «المغرب»(4): المتعلّم الذي يأكل في بيتِ أستاذه، يكون في معنى القانعِ المذكورِ في الحديث. كذا في «البناية»(5).

[2]قوله: **الأجير مسانهةً أو مشاهرة**؛ فيستوجبُ الأجيرُ الأجرَ على المستأجرِ بمنافع نفسه؛ لأنَّ عملَ الأجيرِ كلَّه في مدَّة الإجارةِ للمستأجّر، فصار الأجيرُ حينئذٍ بالشهادةِ للمستأجر مستوجبَ الأجر عليه، فصار الأجيرُ بمنْزلةِ المستأجرِ على الشهادة؛ لأنَّ الشهادةَ عملٌ من أعماله، فجميعُ أعماله مستحقَّةٌ للمستأجر في المدَّة. كذا في «النهاية»

[3]قوله: **ومخنَّث**؛ - بفتح النون - ، على صيغة اسم المفعول كما هو المشهور، قال في «البحر»(6) نقلاً عن «فتح الباري»(7) من «أبواب الإمامة»: المخنَّثُ - بكسر النون

---

(1) مسانهة: من سَنْهة: وهي السَنَة. ينظر: «مختار»(ص٣١٧).

(2) «سنن الترمذي»(٤: ٥٤٥)، و«سنن أبي داود»(٣: ٣٠٦)، وغيرها.

(3) «الهداية»(٣: ١٢٢).

(4) «المغرب»(ص٣٩٥).

(5) «البناية»(٧: ١٦٨).

(6) «البحر الرائق»(٧: ٨٥).

(7) «فتح الباري شرح صحيح البخاري»(٢: ١٩٠).

يفعلُ الرّديء، ونائحة، ومغنيّة. ومدمن الشُّرب

يفعـلُ الـرّديء[١]): فإنّـه إذا لم يفعـلْ الـرَّديء تقبـلُ شهادتُه، فإن عدمَ القدرةِ على الجماع، أو لينِ الكلام، وتكسُّرِ الأعضاءِ غيرِ مانعٍ للقَبول[٢]، (ونائحة[٣]، ومغنيّة. ومدمنِ الشُّرب[٤]

وفتحها -، فإن كان الأول، فهو بمعنى: المتكسِّر في أعضائه، المُتليِّن في كلامه، تشبّهاً بالنساء، وإن كان الثاني فهو الذي يعملُ به اللّواطة. انتهى.

[١]قوله: يفعل الرديء؛ من أفعالِ النساءِ من التزيُّن بزينتهنّ، والتشبّه بهنَّ في الفعلِ والقول، فالفعلُ مثل كونُهُ محلاً للواطة، والقول: مثل تليينِ كلامِه باختيارِه تشبُّهاً بالنساء، هكذا قالوا، وجعل بعضُهم الواو في قوله: والقول بمعنى: أو؛ فأحدهما كافٍ؛ لأنَّ التشبّه بقولهنّ حرامٌ للرِّجال كما صرَّحوا به.

[٢]قوله: غير مانع للقبول؛ لأنّه لا صنيعَ فيهما، فلا ينقدح العدلُ فتقبلُ الشهادةُ منه.

[٣]قوله: ونائحةٍ ومغنّية؛ أي ولا تقبل الشهادة من نائحةٍ ومغنية، فإنّه ﷺ: «نهى عن الصوتين الأحمقين»(١): النائحة والمغنية، أخرجَه التِّرْمِذِيُّ في (الجنائز)، فهما يرتكبان محرماً، فصارتا فاسقتين.

قال في «المغرب»(٢): ناحت المرأةُ على الميِّت: إذا ندبته، وذلك أن تبكيَ عليه وتعدِّدَ محاسنه، والنياحة: اسم. انتهى.

وفي «القاموس»(٣): ناح الرجل: بكى واستبكى غيره. انتهى.

والمرادُ بالنَّائحة: هي التي تنوحُ في مصيبةِ غيرها؛ لأنّها ترتكبُ المحظورات؛ لأجلِ الطمعِ في المال، وتجعله حرفة، أمّا التي تنوحُ في مصيبتها فلا تسقطُ عدالتها، هكذا قالوا.

والتغنيّ باللهو معصيةٌ في جميعِ الأديان، خصوصاً إن كان الغناءُ من المرأة، فإنَّ نفسَ رفعِ الصوتِ منها حرام، فضلاً عن ضمِّ الغناءِ إليه، ولهذا لم يقيِّدْ هاهنا بقوله: للناس، وقيَّدَ به فيما ذكرَ بعد هذا في غناءِ الرجل.

[٤]قوله: ومدمنٌ الشرب على اللّهو؛ أي ولا تقبلُ الشهادةُ من مدمنِ الشرب

---

(١) في «سنن الترمذي»(٣: ٣٢٨)، وغيرها.

(٢) «المغرب»(ص٤٧٣).

(٣) «القاموس»(١: ٢٦٢).

....

....

على طريق اللهو، قال البِرْجَنْدِيُّ في «شرح النُّقاية»: في «الصحاح»[1]: فلان يدمن كذا؛ أي يديمه، ورجلٌ مُدْمِنُ خمر: أي مداومٌ شربها. وإنّما شرطَ الإدمانَ ليظهر ذلك منه، فإنَّ مَن يتَّهم بالشربِ ولا يظهرُ ذلك لا يخرجُ من العدالة.

وإنّما تسقط العدالة إذا كان يظهرُ ذلك أو يخرج سكران يسخرُ منه الصبيان فلا مروءة لمثله، ولا يبالي من الكذب عادة، كذا قاله الإمامُ السَّرَخْسِيّ ﷺ في «المبسوط»[2].

والظاهرُ أنَّ الإدمان عليه مَن يفضي إلى إظهاره، والمفهومُ من سائر الفتاوى أنَّ الإدمانَ شرط، والإعلانُ شرطٌ آخر، وقد ذكر في بعض الفتاوى: إنّه لا يقبلُ شهادةُ مدمن الشربِ ومدمنِ السكر.

فقيل: المراد مدمنُ الشربِّ في الخمر، ومدمنُ السكرِ في سائرِ الأشربةِ غير الخمر؛ لأنَّ المحرّمَ في سائرِ الأشربةِ السكرُ فقط، والمحرَّم في الخمرِ نفسُ الشرب. كذا في بعض شروح «الهداية».

وفي «الفتاوى المنصورية»: ذكر الخصَّافُ ﷺ شرب الخمرِ مطلقاً، والسُكْرُ من شرب النبيذ مطلقاً، ومحمَّد ﷺ شرطَ في الخمرِ الإدمان، حتى لو شربها سرّاً لا يسقط عدالته، وشرط في شرب النبيذ أن الاعتياد ويظهر للناس، ويسخر منه الصبيان ويلعبون، وهذا هو الصحيح.

وفي «الخزانة»: ليس المرادُ الإدمان في الشرب؛ لأنّه لا يطاق، وإنَّ المرادَ الإدمانُ في البيّنة: أي يشرب ومن نيَّته أن يشربَ بعد ذلك إذا وجده، أمّا إذا لم ينوِ ذلك فهو تائب.

ثم قيل: إن اشتراطَ اللَّهو في غير الخمر، وأمَّا في الخمر فلا احتياجَ إلى اللّهو، واعترضَ عليه بأنّه إذا شربَ الخمرَ للتداوي، بأن قال له الأطباء: لا علاجَ لمرضك إلا الخمر، فحرمتها مختلفٌ فيها، فالأكثرون على أن لا يحلَّ شربُها، وإذا كانت مختلفاً فيها لا يسقطُ الشهادة، فلا بدَّ في الخمر من قيد اللَّهو أيضاً.

---

(١) «الصحاح»(١: ٤١٧).

(٢) «المبسوط»(١٦: ١٣١).

على اللهو

على اللهو[١]) : أي شُرْبُ الأشربةِ[٢] المحرمة ، فإنَّ الأشربةَ التي لا تحرم إدمانُها لا يسقطُ الشَّهادة ما لم تسكر ، بل إدمانُ السُّكرِ يسقطُ الشَّهادة ، وقد ذكرَ أنَّ المرادَ من الإدمان الإدمانُ في النِيَّةِ : وهو أن يَشْرَبَ ، ويكونُ في عزمِه أن يشربَ كلمَّا وَجَدَ ، قال الإمامُ السَّرَخْسِيُّ ﷺ : شُرِطَ مع ذلك أن يُظْهِرَ ذلك للنَّاس ، أو يخرجَ سكران فيسخرُ منه الصِّبيان(١) ، حتَّى إن شربَ الخمرَ في السِّرِّ لا يُسْقِطُ عدالتَه ، وقد ذكرَ في «الحواشي» : إنَّ هذا في غيرِ الخمرِ ، أمَّا في الخمرِ فلا يحتاجُ إلى قيدِ اللَّهْو.

أقولُ : لا بُدَّ في الخمرِ من قيدِ الشُّرْبِ بطريق اللَّهْو أيضاً ، فإن شربَها للتَّداوي بأن قال له الأطباء : لا علاجَ لمرضِك إلا الخمر ، فحرمتُها مختلفٌ فيها ، فلا تسقطُ الشَّهادة .

وفيه أنّه إذا كان للتداوي لم يكن فيه إدمانٌ عادة ، فلا حاجةَ إلى قيد اللهو ، فإنَّ الإدمانَ شرط لأسقاطِ العدالة على الأصحّ ، وإن شئتَ زيادة التحقيق فارجعْ إلى «البحر»(٢) ، فإنّك [ستجد فيه ما] لم تجده في غيره.

[١]قوله : **على اللهو** ؛ أي لأجل اللهو هو معروف ، وأصله ترويح النفس بما لا تقتضيه ، والمرادُ به أن لا يكون للتداوي ، فيدخل في اللهو الشربِ للاعتياد ، صرّح به العلاّمة الطحطاويّ في «حاشيته على الدر المختار»(٣).

[٢]قوله : **أي شرب الأشربة...الخ** ؛ قال في «الدر المختار»(٤) : ولا من الشرب لغير الخمر ؛ لأنَّ بقطرة منها يرتكبُ الكبيرة ، فتردّ شهادته. انتهى.

لكنَّ هذا مخالف لما في «الكافي» حيث قال : وإنّما شرطَ الإدمانُ ليكون ذلك ظاهراً منه ، فإنَّ مَن يشربُ الخمرَ سرّاً ولا يظهر منه ذلك لا يخرج من أن يكون عدلاً وإن شربها كثيراً ، وإنّما تسقطُ عدالته إذا كان ذلك يظهرُ منه ، أو يخرج سكران فتلعب به الصبيان ، فإنّه لا مروءة لمثله ، ولا يحترزُ عن الكذبِ عادة.

---

(١) انتهى كلام الإمام السرخسي من «المبسوط»(١٦ : ١٣١).

(٢) «البحر الرائق» (٧ : ٨٧).

(٣) «حاشية الطحطاوي»(٣ : ٢٤٩).

(٤) «الدر المختار»(٤ : ٣٨٢).

ومَن يَلْعَبُ بالطُّيور، أو الطَّنبور، أو يُغَني للنَّاس

(ومَن يَلْعَبُ[١] بالطُّيور، أو الطَّنبور[٢]، أو يُغَني للنَّاس[٣]): إنَّما قال للنَّاس: لأنَّ مَن يُغَنِي لدفعِ الوحشةِ عن نفسِهِ لا يُسقطُ العدالة

وفي «فتاوى قاضي خان»(١): لا تقبلُ شهادةُ مدمنِ الخمرِ ولا مدمنُ السكر؛ لأنّه كبيرة، وفي «الذخيرة»: لا يجوزُ شهادةُ مدمنُ الخمر.

وفي «النهاية»: الإدمانُ شرطٌ في الخمرِ أيضاً في حقِّ سقوطِ العدالة. انتهى. فهذه نقولٌ صريحةٌ في عدمِ الفرقِ في اشتراطِ الإدمانِ بين الخمرِ وغيره، وعليه مشى الشارحُ البارع ﷺ، وفسَّر الشربَ بقوله: أي شرب الاشربة المحرمة.

[١]قوله: ومَن يلعب...الخ؛ أي ولا تقبل الشهادة منه لشدَّة غفلته، وإصراره على نوع لهو؛ ولأنَّ الغالب أنَ ينظر إلى العورات في السطوح وغيرِها، وهو فسق، أمّا إذا أمسك الحمام للاستيناس، ولا يطيِّرُها فلا تزولُ عدالتُه؛ لأنّ إمساكها في البيوت مباح.

[٢]قوله: والطنبور؛ أي ولا تقبلُ الشهادةُ ممَّن يلعب بالطنبور؛ لأنّه من اللهو، والمراد بالطنبور: كلُّ لهو يكون شنيعاً بين الناس؛ احترازاً عمَّا لم يكن شنيعاً كضرب القصب، فإنه لا يمنعَ قبولها إلا أن يتفاحش؛ بأن يرقصونَ به، فيدخل في حدِّ الكبائر. كذا في «المنح»(٢) نقلاً عن «البحر»(٣).

وقال في «المحيط»: الرجلُ يلعبُ بشيء من الملاهي، وذلك لم يشغلْه عن الصلاة، ولا عمَّا يلزمُهُ من الفرائض، ينظر إن كانت مستشنعةً بين الناسِ كالمزاميرِ والطنابيرِ لم تجزْ شهادتُه، وإن لم يكن شنيعاً لا يمنع قبولها، إلا أن يتفاحشَ بأن ترقص به، فيدخل في حدِّ المعاصي والكبائر، فتسقطُ به العدالة. انتهى.

[٣]قوله: أو يغني للناس؛ أي ولا تقبل الشهادة ممّن يغني للنّاس، اعلم:

أوّلاً: إنَّ التغنية لغة سرور وتفنن، والتغني كذلك. كذا في «الصراح»، ومجرده: الغنا، بمعنى سرور، وهو عرفاً: ترديدُ الصوت بالألحانِ في الشعرِ مع انضمامِ التصفيقِ

---

(١) «فتاوى قاضي خان»(٢: ٤٦٠).

(٢) «منح الغفار»(ق٢: ١٣٠/أ).

(٣) «البحر الرائق»(٧: ٨٨).

....

....

المناسب، فلم يتحقَّقْ الغناء بفقدانٍ فيه من الثلاثة: كون الألحانِ في الشعر، وانضمامُ التصفيقِ بالألحان، ومناسبةُ التصفيق. ذكره القُهُسْتَانيّ[1].

وثانياً: إنَّه حرامٌ كما صرَّح به الفقهاء العظام، قال في «نصاب الاحتساب»: إنَّ التغنيَّ والسماع [و]الغناء حرام، اجتمعَ عليه العلماء وبالغوا فيه، ومَن أباحَه من المشايخ مِّمن تخلَّى عن الهوى وتحلَّى بالتقوى واحتاجَ إلى ذلك احتياجَ المريض إلى الدواء، وعلامتُهُ أنّه منسلّ عن الشهوات، مستهوٍ بذكر الله جَلَّ جَلَالُهُ في الخلوات، مفرغٌ يديه عن الأخذِ والإعطاء، مجرَّدٌ عن الذمِّ والثناء، مختلفٌ بالواردات، يريد أن يتنفَّسَ بتنفسِ الصعداء، ويعالج ما غلبَ عليه تشوُّقه إلى مولاه من الداء، ثمّ إنّه رخَّصَه، وله شرائط أخذها:

[الأولى]: أنّه لا يكون فيهم أمرد.

والثانية: أن لا يكون جمعُهم إلا من جنسهم ليس فيهم فاسق، ولا أهل الدنيا ولا امرأة.

والثالثة: أن تكون نيَّة القوال: الإخلاص لا أخذ الأجرة والإنعام.

والرابعة: أن لا يجتمعوا لأجلِ الطعام، أو نظر إلى فتوح.

والخامسة: لا يقومون إلا مغلوبين.

والسادسة: لا يظهرون وجداً إلا صادقين. انتهى.

وذكر في «الذخيرة»: إنّه كبيرة، ومَن أباحه من المشايخ، فذلك الذي حركاته حركات المرتعش. انتهى. وذكر في «العوارف»: إنّه لا يليق بمنصب المشايخ والذين يقتدى بهم؛ لأنّه شأنه اللهو، وأنّه يباين حال التمكّن. انتهى.

وقال القُهُسْتَانيّ في «شرح النُّقاية»[2]: فهو من أنواعِ اللَّعب، وكبيرةٌ في جميع الأديان، حتى يمنع المشركون من ذلك. كما في «الاختيار»[3]، وغيره، وفي «المضمرات»: من أباحَ الغناءَ يكون فاسقاً.

---

(١) في «جامع الرموز»(٢: ١٧٨).

(٢) «جامع الرموز»(٢: ١٧٨).

(٣) «الاختيار»(٥: ٤٢٨).

....

....

وفي «شرح السير الكبير» للإمام السَّرَخْسِيُّ ﷺ: إنّه كان ﷺ يكرهُ رفعَ الصوت عند قراءة القرآن والوعظ، فما يفعله الذين يدَّعون الوجد والمحبة مكروهٌ لا أصلَ له في الدين، وفي «الجواهرات»: السماعُ والرقصُ الذي يفعله المتصوفة في زماننا حرام، لا يجوزُ القصد والجلوسُ إليه، وهو والغناء والمزاميرِ سواء، ومشايخ قبلهم فعلوا غير ما فعلوا هؤلاء.

وفي «العوارف»[1]: سماعُ الغناءِ من الذنوب وما أباحه إلاَّ نفرٌ قليلٌ من الفقهاء، ومَن أباحَه لم يرَ إعلانَه في المساجدِ والبقاع الشريفة، وقال ﷺ: «كان إبليسُ أوَّل من تغنّى»[2]، وما نقلَ عنه ﷺ: إنَّه سمعَ الشعر لا يدل على إباحة الغناء. انتهى مختصراً وملخصاً.

وإن شئتَ زيادةَ التفصيل في هذا المقام، فارجع إلى «إحياء العلوم»[3] للغَزاليّ ﷺ و«العوارف»[4]، و«الفتاوى الحماديّة» من مبسوطاتِ الصوفيَّة الصافيةِ والفقهاء الأعلام، واقتصرنا على ذلك خشية عن طوالة الكلام.

وثالثاً: إن قوله: للناس، إشارةً إلى أنّه لو تغنَّى لنفسه لدفعَ الوحشة لا يسقطُ العدالة، لما روي أنَّ البراء بن مالك ﷺ دخل عليه أخوه أنس بن مالك ﷺ، وهو يُغَنِّي[5]، والبراءُ بن مالك ﷺ كان من زهّاد الصحابة ﷺ، وهذا عند عامَّة المشايخ.

واختارَه شمسُ الأئمّة السَّرَخْسيّ ﷺ، واختاره المصنِّف ﷺ أيضاً لكن تعليل صاحب «الهداية»[6] بقوله: لأنّه يجمع الناس على ارتكاب كبيرة. انتهى.

---

(١) «العوارف»(ص١٥٠).

(٢) في «الفردوس»(١: ٢٧).

(٣) «إحياء علوم الدين»(٢: ٣١٠).

(٤) «العوارف»(ص١٤٣).

(٥) فعن أنس بن مالك ﷺ قال: «كان البراء بن مالك رجل حسن الصوت فكان يرجز لرسول الله ﷺ في بعض أسفاره، فبينما هو يرجز إذ قارب النساء، فقال له رسول الله ﷺ: إياك والقوارير، قال: فأمسك» في «المستدرك»(٣: ٣٠٠)، وقال: هذا حديث صحيح الإسناد ولم يخرجاه.

(٦) «الهداية»(٣: ١٢٣).

أو يَرْتَكِبُ ما يُحَدُّ به، أو يدخلُ الحمامَ بلا إزارٍ، أو يأكلَ الرِّبا

(أو يَرْتَكِبُ[1] ما يُحَدُّ به، أو يدخلُ الحمامَ[2] بلا إزارٍ، أو يأكلَ الرِّبا[3]): شرطَ في «المبسوطِ» أن يكونَ مشهوراً بأكلِ الرِّبا

ظاهره أنَّ الغناءَ كبيرة وإن لم يكن للناس، بل لإسماع نفسه دفعاً للوحشة، وبه أخذ شيخ الإسلام خُواهَر زَادَه ﷺ، وحمل حديث البراءَ ﷺ على أنّه ينشدُ الأشعارَ المباحة التي فيها الوعظ والحكم، واسمُ الغناء يطلقُ على ذلك كلّه. كذا في «العناية»(١)، وغيرها

ومنهم مَن جوَّزه للنَّاسِ في عرسٍ أو وليمة.

ومنهم مَن جوَّزه ليستفيد به نظمَ القوافي وفصاحةَ اللسان. كذا في «المنح»(٢)، وذكر في «البحر»(٣): إن المذهب حرمةُ الغناء مطلقاً، وإن شئت التوضيحَ فارجع إليه.

[١]قوله: أو يرتكب...الخ؛ أي ولا تقبلُ الشهادة ممَّن يرتكبُ ما يوجبُ الحدّ؛ لأنّه من الكبائر، ومَن يرتكبها لا يأتي بالكذب، وكلُّ مَن يرتكبُ الكبائر تردُّ شهادتُه، والتحقيقُ في الكبيرة ما تقدم مبسوطاً.

[٢]قوله: أو يدخل الحمام بلا إزار؛ لأنَّ كشفَ العورةِ حرام، ورأى أبو حنيفة ﷺ رجلاً في الحمامِ بغيرِ إزار، فقال:

ألا أيّها الناس خافوا إلهكم ... ولا تدخلوا الحمامَ من غير مِئْزر

وذكرَ الكَرْخيُّ ﷺ أنَّ مَن يمشي في الطريق بالسراويلِ وحدَه ليس عليه غيرُه لا تقبلُ شهادته؛ لأنّه تارك للمروءة. كذا في «المنح»(٤).

[٣]قوله: أو يأكل الربا؛ لأنّه من الكبائر: أي يأخذُ القدرَ الزائد، فالمراد بالأكلِ الأخذ، وإنّما ذكره تبعاً للآية، وإنّما ذكره في الآية؛ لأنّه أعظمُ منافع المال، ولأنَّ الربا شائعٌ في المطعومات، والمراد بالربا القدر الزائدُ لا الزيادة. كذا في «المنح»(٥).

---

(١) «العناية»(٦: ٤٨١).

(٢) «منح الغفار»(ق٢: ١٣٠/ب).

(٣) «البحر الرائق»(٧: ٨٨).

(٤) «منح الغفار»(ق٢: ١٣٠/ب).

(٥) «منح الغفار»(ق٢: ١٣١/أ).

أو يُقامِرَ بالنَّرْد، أو الشَّطَرَنج، أو تفوتَهُ الصَّلاةُ بهما

لأنَّ الإنسانَ[١] قَلَّما يَنْجو عن البيوعِ الفاسدة، وكلُّ ذلك ربا.

(**أو يُقامِرَ**[٢] **بالنَّرْد**(١)**، أو الشَّطَرَنج، أو تفوتَهُ الصَّلاةُ بهما**)، قال في «الهداية»: أو يقامرَ بالنَّرد، أو الشَّطرنج. ثم قال: أمَّا مجرَّدُ اللَّعبِ بالشَّطرنج فليس بفسق مانع من قبولِ الشَّهادة؛ لأنَّ للاجتهادِ فيه مساغاً.

فُهِمَ من هذا أن في النَّردِ لا يشترطُ المقامرة، أو فوتَ الصلاةِ، فقيدُ المقامرةِ وفوت الصَّلاة في النَّرد وَقَعَ اتفاقاً، وفي «الذَّخيرة»: مَن يلعب بالنَّرد، فهو مردودُ الشَّهادةِ على كلِّ حال.

[١]قوله: **لأنَّ الإنسان قلَّما**...الخ؛ فلو ردَّت شهادته، وإذا ابتلي به لم يبقَ أحدٌ مقبول الشهادةِ غالباً، وهذا التعليل أوّلى ممّا قيل؛ لأنَّ الربا ليس بحرام محضٍ؛ لأنّه يقيّد الملكَ بالقبضِ كسائر البياعات الفاسدة، وإن كان عاصياً مع ذلك، فكان ناقصاً في كونه كبيرة.

بخلافِ أكل مال اليتيمِ تردُّ شهادتُه بمرّة، والأوجه ما قيل؛ لأنّه إن لم يشتهر به كان الواقعُ ليس إلا تهمةَ الأكل، ولا تسقطُ العدالةُ به كما تقدَّم في وجه تقييدِ شرب الخمر بالإدمان، ولا يصحّ قوله إنّه ليس بحرامٍ محضٍ بعد الاتّفاق على أنّه كبيرة، والقبضُ بالملكِ شيء آخر.

وأمّا أكل مالِ اليتيم فلم يقيّده أحد، وأنت تعلم أنّه لا بُدَّ من الظهور للقاضي، فلا فرقَ بين الربا ومال اليتيم، والحاصل أنَّ الفسقَ مانعٌ شرعاً من قبولها، غير أنَّ القاضي لا يثبتُ ذلك إلا بعد ظهورِه له، فالكلُّ سواء، وفرَّقَ الزَّيْلَعِيُّ بينهما بأنَّ أكلَ مالِ اليتيم لم يدخلْ في ملكه، ومال الربا دخل. لا يفيد شيئاً [كما لا يخفى]. كذا في «المنح»(٢).

[٢]قوله: **أو يقامرُ بالنرد والشطرنج أو يفوِّت الصلاة بها**؛ أو أكثر عليه الحلف بالكذب. كذا في «الخزانة» وغيره، واعلم أنَّ ظاهرَ العبارةِ أنَّ مَن يلعبُ بالنردِ لا على

(١) النرد: لعبة معروفةٌ، وضعها أَرْدَشيرُ بن بابَك؛ ولهذا يقال: النرد شير. ينظر: «المصباح» (ص ٥٩٩)، «القاموس»(١: ٣٥٣).

(٢) «منح الغفار»(ق٢: ١٣١/أ).

....

....

سبيلِ القمار ولا تفوتُ الصلاةُ به لا تردُّ شهادته، وليس كذلك، كما صرَّح به كثيرٌ من المتفقهين.

وذكرَ الشارحُ ﷺ أيضاً عبارةَ «الذخيرة» التي دلَّت أنَّ اللَّعبَ بالنردِ مطلقاً موجبٌ لردِّ الشهادة، فالصوابُ أن يقول: أو يلعب من النردِ من غير شرطِ المقامرة، أو تفويتِ الصلاة.

أو يقامر بالشطرنج أو تفوته الصلاة بسببه لظهور الفسق بالمقامرة، وبتركِ الصلاة إنّما بدونهما لا يمنعُ العدالة؛ لأنَّ للاجتهاد فيه مساغاً؛ لقول مالك ﷺ والشافعي ﷺ بإباحته، وهو مرويٌّ عن أبي يوسفَ ﷺ. كما في «المجتبى».

واختارها شيخُ الإسلام عبد البرّ ابن الشحنة ﷺ إذا كان لإحضارِ الذهن، واختارَ أبو زيدٍ الحكيم ﷺ حلَّه. ذكرَه شمسُ الأئمّة السَّرَخْسِيُّ. كذا في «البحر»[1]، وفي «النوازل»: سئل أبو القاسم ﷺ عمَّن ينظرُ إلى لاعبِه من غير لعب، أيجوز قال: أخافُ أن يصيرَ فاسقاً. كذا في «المنح»[2].

والنرد: لعبة معروفةٌ. كما في «المصباح»[3]، وفي «القاموس»[4]: إنّه وضعه أَرْدَشيرُ بن بابَك؛ ولهذا يقال: النرد شير. انتهى.

وفي «منتهى الأرب»؛: نرد بالفتح: بازي است معروف، معرّب ست ز شيرين بابك انرا وضع كرده لا جرم نرد شيرنيز نامندش. انتهى.

وفي «البرهان القاطع»: يزوبروزن فردبازي ست معروف، از مخترعات بوزرجميهر كه در برابر شطرنج ساخته وبعضي كوبند نرد قديم ست اماد وكعبتين واشتد ودى ديكررا بوزرجهير اضافه كرده است. انتهى. وشطرنج: بالكسر كجر وحل بازي ست معروف وبفارني آوند خوانند وسين لغتي ست دران دهن ماخوذ ست از شطارة يا از تسطير. كذا في «منتهى الأرب».

---

(١) «البحر الرائق»(٧: ٩١).

(٢) «منح الغفار»(ق٢: ١٣١/أ).

(٣) «المصباح المنير»(ص٥٩٩).

(٤) «القاموس»(١: ٣٥٣).

أو يبولُ على الطَّريق، أو يأكلَ فيه، أو يظهرَ سبَّ السَّلف

(أو يبولُ[١] على الطَّريق، أو يأكلَ فيه، أو يظهرَ سبَّ[٢] السَّلف)(١): أي الصَّحابة، والعلماءِ المجتهدين الماضين رضوان الله عليهم أجمعين.

[١]قوله: أو يبول... الخ؛ أي لا تقبلُ الشهادة منه؛ لأنّه تارك للمروءة، فإذا كان لا يستحي من مثل ذلك لا يمتنعُ عن الكذب، فيتَّهم، وكذا كلُّ مَن يأكلُ في السوق بين الناس.

وقال في «النهاية»: إذا شرب الماء، أو أكل الفول على الطريق لا يقدح في عدالته؛ لأنَّ الناس لا تستقبحُ ذلك. انتهى. والمراد بالبول على الطريق إذا كان بحيث يراه الناس، وكذا لا تقبلُ شهادة النخّاس، وهو الدَّلال، إلاَّ إذا كان عدلاً لا يحلف ولا يكذب. كذا في «السراج الوهَّاج».

ومثلُهُ الذي يكشفُ عورتَه ليستنجي من جانب البركة، والناس حضور، وقد كثر في زماننا. كذا في «المنح»(٢)، بخلاف كشفِها للبولِ والغائط إذا لم يجد ما يستتر به؛ فإنّه لا يفسق به، ذكره الطحطاويّ(٣) نقلاً عن أبي السعود ﷺ(٤).

[٢]قوله: أو يظهر سبَّ السلف؛ فلا تقبلُ شهادته؛ لظهور فسقه، قيَّد بالظهور؛ لأنّه لو كتمَه تقبلُ. كذا في «الهداية»(٥).

قال في «العناية»(٦): روى ابنُ سماعةَ ﷺ عن أبي يوسفَ ﷺ أنّه قال: لا أقبلُ شهادةَ من سبَّ أصحابَ رسول الله ﷺ وأقبلُ شهادة مَن يتبرؤ منهم، وفرَّقوا بأنَّ إظهاره

---

(١) السبُّ: هو التكلّم في عِرضِ الإنسان بما يعيبه. والسلف: جمع سالف، وهو الماضي، وفي الشرع: اسمٌ لكلِّ مَن يقلِّدُ مذهبُه ويقتفَى أثرُه كأبي حنيفةَ ﷺ وأصحابه، فإنّهم سلفنا، والصحابةُ والتابعونَ سلفٌ لأبي حنيفة ﷺ وأصحابه.ينظر: «جامع الرموز»(٢: ٢٤٣)، «الكفاية»(٦: ٤٨٦)، «البحر»(٧: ٩٢).

(٢) «منح الغفار»(ق٢: ١٣١/أ).

(٣) في «حاشيته»(٣: ٢٥٠).

(٤) في «فتح المعين»(٣: ٦٩).

(٥) «الهداية»(٣: ١٢٣).

(٦) «العناية»(٦: ٤٨٧).

ولو شَهدَ ابنان أن الأبَ أوصى إلى زيد، وهو يدعيه صحَّت

(ولو شَهدَ ابنان[1] أن الأبَ أوصى إلى زيد، وهو يدعيه صحَّت

سفه لا يأتي به إلاَّ الأسقاط السخفة، وشهادةُ السخيف لا تقبل، ولا كذلك المتبرئ؛ لأنّه يعتقدُ ديناً وإن كان على باطل، فلم يظهر فسقه. كذا في «المنح»(١).

والسبُّ: - بتشديد الباء -، هو التكلّم في عِرضِ الإنسان بما يعيبه. كذا في «جامع الرموز»(٢)، والسلف: جمع سالف، وهو الماضي، وفي الشرع: اسمٌ لكلِّ مَن يقلِّدُ مذهبُه ويقتفَى أثرُه كأبي حنيفةَ ﷺ وأصحابه، فإنّهم سلفنا، والصحابةُ والتابعونَ سلفٌ لأبي حنيفة ﷺ وأصحابه. كذا في «الكفاية»(٣) ناقلاً عن بدر الدين.

وذكر في «البحر»(٤): إنَّ السلفَ الصالح الصدرُ الأوَّل من التابعين، والخَلَف: بفتح اللام ومَن بعدهم، فهي الخير، وبالسكون في الشر، وإنّما قيَّده بالسَّلَفِ تبعاً لكلامهم، وإلاَّ فالأولى أن يقال أو يظهر سبّ مسلم؛ لأنَّ العدالةَ تسقط بسبِّ المسلم، وإن لم يكن من السلف؛ لقوله ﷺ: «سباب المسلمِ فسوقٌ وقتاله كفر»(٥).

[١]قوله: **ولو شهد ابنان**...الخ؛ صورته: إنّ رجلاً ماتَ وترك ابنينَ فادّعيا أنّ أباهما أوصى إلى رجل، والرجل يدَّعي الوصيّة جازت شهادتُهما؛ ولئن أنكرَ هذا الرجل تلك الوصيَّة لا تقبلُ شهادتُهما، كما لا تقبلُ شهادتُهما إنّ أباهما الغائب قد وكّلَ هذا الرجلَ بقبضِ دينه، وادَّعى الوكيل ذلك.

وكذا إذا شهد الموصي إليهما أو لهما أولاً لغريمان لهما عليه دين، أو عليهما له دين أنّه أوصى إلى هذا الرجل تجوز هذه الشهادةُ استحساناً، والقياس أن لا تجوز؛ لأنّها تجرُّ منفعةً إلى الشاهد بإقامة مَن يحفظُ ماله، أو من يستوفي منه أو من تبرؤ ذمتُه بالتسليم إليه، أو من يعينه بالقيام على الوصيّة.

والشهادة التي تجرُّ منفعةً لا تقبل، فصار نظير مسألة الوكالة، ووجه الاستحسانِ ما ذكره الشارح ﷺ؛ لقوله: بخلاف الإيصاء؛ لأنَّ الوصيّ...

---

(١) «منح الغفار»(ق٢: ١٣١/ب).

(٢) «منح الرموز»(٢: ٢٤٣).

(٣) «الكفاية»(٦: ٤٨٦).

(٤) «البحر الرائق»(٧: ٩٢).

(٥) في «صحيح البخاري»(٥: ٢٢٤٧)، و«صحيح مسلم»(١: ٨١)، وغيرهما.

وإن أنكرَ لا كشهادةِ دائني الميِّت، ومديونيه، والموصى لهما، ووصيُّه على الإيصاء، وإن شهدا أنّ أباهما الغائبَ وَكَّلَهُ بقبضِ دينِه، وادَّعى الوكيل، أو جَحَدَ ردَّت

(**وإن أنكرَ لا**[1]): أي شهدا أن الأبَ جعلَ زيداً وصيّاً في التَّركة، وهو يدعي أنَّه وَصَيٌّ صحَّتْ شهادتُهما، وإنَّما قال: وهو يدَّعيه؛ لأنَّه لو أنكرَ لا تقبلُ الشهادة، (**كشهادةِ دائني الميِّت**[2]، **ومديونيه، والموصى لهما، ووصيُّه على الإيصاء**): أي صحَّ شهادةُ هؤلاء إذا ادَّعى زيدٌ أنَّه وصيٌّ.

(**وإن شهدا أنّ أباهما الغائبَ وَكَّلَهُ بقبضِ دينِه، وادَّعى الوكيل، أو جَحَدَ ردَّت**)؛ لأنَّ القاضي[3] لا يَمْلِكُ نصبَ الوكيلِ عن الغائب، فلو ثَبَتَ الوكالة، يَثْبَتَ بشهادتِهما، فلا يمكن ثبوتُها بها لمكان التُّهمةِ بخلافِ الإيصاء؛ لأنَّ الوصيَّ إذا ادَّعى يكونُ قبولُ الشهادةِ كتعيينِ الوصيِّ، والقاضي يَمْلكُ ذلك.

[1]قوله: **وإن أنكر لا**؛ أي وإن أنكر زيدٌ إيصاءه لا تصحُّ شهادتُهما؛ لأنَّ القاضي لا يملك إجبارَ أحدٍ على قبول الوصيّة.

[2]قوله: **كشهادة دائني الميِّت**...الخ؛ هاهنا خمس مسائل: الغريمان لهما على الميِّت دين، والغريمان عليهما للميِّت دين، والموصي لهما، والموصى إليهما، والوارثان، وشهدَ كلُّ فريقٍ أنَّ الميِّت أوصى إلى هذا، وهو يطلب ذلك جازت الشهادة استحساناً.

وفي القياس: لا يجوز، وإن أنكرَ الوصيُّ ذلك لم تجزْ قياساً واستحساناً.

[3]قوله: **لأنَّ القاضي**...الخ؛ تقريره: إنَّ القاضي لا يملكُ نصبَ الوكيل عن الغائب، فلو ثبتَ لثبت بشهادتهما، وهي غيرُ موجبةٍ لأجل التهمة فبطلت، بخلاف مسألةِ الإيصاء، فإنَّ للقاضي ولاية نصبِ الوصيّ إذا كان الوصيّ طالباً، وكان الموت معروفاً.

فيكفي القاضي بهذه الشهادةِ مؤنةَ التعيين، وزكّياه بشهادتهما، إذ لولا شهادتهما كان يتأمّل فيمن يعيّن، وفيمَن يصلح، فيعيَّنُ مَن تثبتُ صلاحيّته نظراً للميّت، وإن لم يوصِ؛ لأنّه نُصِّبَ ناظراً فلم يثبت بهذه الشهادة [شيءٌ] لم يكن له فعلُه، ونظيرها القُرعة، فإنّها ليست بموجبةٍ شيئاً لم يكن له لولا القُرعة، ومع هذا جاز استعمالها؛ تطيباً للقلوب ونفياً للتهمةِ عن القاضي.

كالشَّهادةِ على جرحٍ مجرَّد، وهو ما يُفسّقُ الشاهدَ ولم يوجب حقّاً للشَّرع أو العبد، مثل: هو فاسق، أو آكلُ الرِّبا، أو أنّه استأجرَهم

(**كالشَّهادةِ**[1] **على جرحٍ مجرَّد، وهو ما يُفسّقُ الشاهدَ ولم يوجب حقّاً للشَّرع أو العبد، مثل: هو فاسق، أو آكلُ الرِّبا، أو أنّه استأجرَهم**): صورةُ المسألة: أن المدَّعي إذا أقام البيِّنةَ على العدالة، فأقامَ الخصمُ البيِّنةَ على الجرحِ إن كان الجرحُ جرحاً مجرَّداً لا يعتبرُ بيِّنةُ الجرح

بخلاف ما إذا لم يكن الموت معروفاً؛ لأنّه حينئذٍ لا يملك القاضي نصبَ الوصيّ إلاّ بهذه البيّنة فتصير الشهادة موجبة، فتبطلُ لمعنى التهمة، وهو جرُّ المنفعةِ إلى الشاهد(١).

[١]قوله: **كالشهادة**؛ أي كما لا تقبلُ الشهادة على جرح مجرَّد، الجَرح: بفتح الجيم لغةً، من جَرحه بلسانِه جرحاً: عابه، وانتقصه، ومنه جَرَحْتُ الشاهد: إذا أظهَرت فيه ما تردُّ به شهادتُه. كذا في «المصباح المنير»(٢).

وفي اصطلاح الفقهاء: إظهارُ فسق الشاهد، وإن لم يتضمّن ذلك إيجابُ حقٍّ الله تعالى، أو للعبد، فهو جرحٌ مجرَّدٌ، وإن تضمَّن إثباتَ حقِّ الله تعالى أو للعبد فهو غيرُ مجرَّد. كذا في «البحر»(٣)، وهو المراد من قوله: وهو؛ أي الجرح المجرَّدُ بالفسق.

الشاهد؛ أي يظهرُ فسق الشاهد.

ولم يوجب حقاً للشرع؛ كوجوبِ الحد.

أو العبد؛ كوجوب المال، فلو أوجبه تقبل مثل أن يشهدوا.

هو؛ أي الشاهدُ فاسق.

أو آكل الربا، أو أنّه استأجرهم، أو شارب خمر في وقت، أو زانٍ في وقت، أو على إقرارهم أنّهم شهدوا بزور، أو إن المدَّعي مبطلٌ في هذه الدعوى، أو إنه لا شهادةَ لهم على المدّعى عليه في هذه الحادثة.

وإنّما لا تقبل هذه الشهادة؛ لأنَّ الفسق المجرَّد ممَّا لا يدخل تحت الحكم، وليس في وسع القاضي إلزامه، والبيِّنة إنّما تقبلُ على ما يدخلُ تحتَ الحكم، وفي وسع القاضي إلزامه.

(١) ينظر: «التبيين»(٤: ٢٢٧).

(٢) «المصباح المنير»(ص٩٥).

(٣) «البحر الرائق»(٧: ٩٨).

وتقبل على إقرارِ المدَّعي بفسقِهم ، أو على أنَّهم عبيد، أو محدودونَ في قذف، أو شاربو خمر، أو قَذَفَة، أو شركاء المدَّعي، أو أنَّه أستأجرهم بكذا لها، وأعطاهم ذلك ممَّا كان لي عنده

وإنَّما قلتُ[1]: إن صورةَ المسألةِ هذه؛ لأنَّه لو لم يقمْ البيِّنةَ على العدالة، فأخبرَ مخبران أن الشُّهودَ فسَّاق، أو آكلوا الرِّبا، فإن الحكمَ لا يجوزُ قبل ثبوتِ العدالةِ لا سيما إذا أخبرَ مخبران أن الشَّهودَ فسَّاق.

(**وتقبل**[2] **على إقرارِ المدَّعي بفسقِهم**)؛ لأنَّ الإقرارَ ممَّا يدخلُ تحت الحكم، (**أو على أنَّهم عبيد، أو محدودونَ في قذف، أو شاربو خمر، أو قَذَفَة، أو شركاء المدَّعي، أو أنَّه أستأجرهم بكذا لها، وأعطاهم ذلك ممَّا كان لي عنده**

أمَّا أنَّ الفسق ممَّا لا يدخلُ تحت الحكم فلاحتمال أنَّه قد تاب في مجلسِه قبله، فلا يتحقَّق الإلزام، ولأنَّ الشاهدَ بهذه الشهادة صار فاسقاً؛ لأنَّ فيه إشاعة الفاحشة، وهي حرامٌ بالنصّ، والمشهودُ به لا يثبتُ بشهادة الفاسق.

فإن قلت: فيه ضرورة، وهو منعُ الظالم عن الظلمِ بالشهادة الكاذبة، وقد قال رسول الله ﷺ: «انصر أخاك ظالماً أو مظلوماً»(1)، فينبغي أن لا يجوز.

قلنا: لا ضرورةَ إلى هذه الشهادة لتمكينه من الإخبارِ للقاضي سِرّاً، حتى يُرَدَّ شهادتُهما فأمكن الامتناعُ عن الظلم بذلك، بخلاف ما إذا كان الجرح غير مجرَّد، فإنَّ الشهادةَ تقبل فيه كما سيأتي إن شاء الله.

[1]قوله: **إنَّما قلت**: إن صورة...الخ؛ قيل: هاهنا نظر، وهو أنَّ الغرض أنَّ مثل هذه الشهادات لا تعتبرُ سواءً كانت قبل تعديلِ الشهود أو بعده، فلا حاجةَ إلى ذكر الصُّورِ المقيِّدة.

والجوابُ: إنَّ معنى اعتبارِ شهادةِ الجرحِ عدمُ قبول الشهادة، والحكم بها، وهذا المعنى حاصل قبل التعديل لا بعده، فينبغي التقييد بما بعده كما لا يخفى.

[2]قوله: **وتقبل الشهادة على إقرار المدَّعي بفسقهم**؛ أي بفسقِ شهوده؛ لأنَّ الإقرارَ ممّا يدخلُ تحت الحكم، ويقدرُ القاضي على الإلزام؛ لأنَّه لا يرتفعُ بالتوبة؛

---

(١) في «صحيح البخاري»(٢: ٨٦٣)، وغيره..

....

....

ولأنَّ الشهود لم يظهروا الفاحشة، بل حكوا إظهارَ الفاحشة عن غيرهم، فلا يصيرون فاسقين، فيثبت الشهود به فتقبل شهادتهم، وتقبل الشهادة على أنّهم عبيدٌ؛ إذ الرقُّ حقُّ الله تعالى، وفي ضمنِه ثبوتٌ لملك العبد.

أو محدودون في قذف؛ لأنَّ الشهادة ليس فيها إشاعةُ فاحشة؛ لأنَّ الإظهارَ حصلَ بالقضاء، وإنّما حكوا إظهارَ الفاحشةِ عن الغير.

أو شاربو خمر؛ والمراد به أنّهم شهدوا بأنّهم شربوا الخمر، ولم يتقادم العهد إذ فيه إثباتُ حقِّ الله تعالى، وهو الحل، أمّا إذا كان متقادماً لا تقبلُ الشهادة؛ لعدم إثباتِ الحقّ به؛ لأنَّ الشهادة بحدٍّ متقادم مردودة.

أو قذَفه: - بفتح الذال المعجمة -، جمع قاذف: يعني أنّهم شهدوا أنّهم قاذفون لفلان، بشرط أن يدَّعيَ المقذوفُ ذلك، إذ في القذفِ حقُّ الله ﷻ وحقُّ العبدِ جميعاً، بخلاف ما إذا لم يدَّعيه المقذوف، فإنّه لا يثبت به حقّ.

أو شركاء المدَّعي؛ فيما إذا كانت الشهادةُ في شركتهما، والمدَّعَى مالٌ يشتركون فيه، فالمراد أنّ الشاهدَ شريكٌ مفاوض، فمهما حصل في هذا [المال] الباطل يكون له فيه منفعة، لا أن يرادَ أنّه شريكه في المدّعى به، وإلا كان إقراراً بأنَّ المدَّعى به لهما. كذا في «الفتح»[1]، وغيره.

ووجه كون الشهادة مقبولة في هذه الصورة إثباتُهم حقُّ الشركة، وتفصيله أنَّ الجَرح بهذا الوجه وإن كان ممّا يفسّق الشاهد لكن لا يوجب حقَّ الله ﷻ ولا للعبد، إذ لا يثبت بذلك حقُّ الشهودِ بالشركةِ في ذلك المال؛ لأنّهم لّما شهدوا بالمال للمدَّعَى، فكأنّهم أقرّوا بأنّه لا ملك لهم في ذلك، فبشهادة شهودِ الجَرح أنّهم شركاء المدَّعي لا يثبتُ لهم شيء.

أو أنه؛ أي المدّعي، استأجَّرهم؛ أي الشهود بكذا من الدراهم مثلاً، لها؛ أي للشهادة، يعني ليورده شهادة الزور، وأعطاهم ذلك القدرَ المذكور من الدراهم.

ممّا كان لي عنده؛ أي من مالي الذي كان في يده، فتقبل الشهادة؛ لأنّه خصمٌ في ذلك يثبت الجرح بناءً عليه.

---

(١) «فتح الغفار»(٦: ٤٩٧).

أو إنّي صالحتُهم على كذا، ودفعتُهُ إليهم على أنْ لا يشهدوا عليَّ وشهدوا، ولو شَهِدَ عدلٌ ولم يبرحْ مكانه حتَّى قال: أوهمت بعضَ شهادتي قُبِل

أو إنّي[١] صالحتُهم على كذا، ودفعتُهُ إليهم على أن لا يشهدوا عليَّ وشهدوا): أي على أن لا يشهدوا عليَّ شهادةَ الزُّور، ومع ذلك شهدوا شهادة الزُّور، فيجبُ عليهم أداء ما أعطيتُهم، فإنّ في هذه الصُّورِ يوجبُ الجرحُ حقّاً للشَّرعِ أو العبدِ على الشُّهود، فيدخلُ تحت حكمِ القاضي فيقبل.

(ولو شَهِدَ عدلٌ[٢] ولم يبرحْ مكانه حتَّى قال: أوهمت[٣] بعضَ شهادتي[٤] قُبِل[٥])

وعلَّلَ الزَّيْلَعِيّ[١] بقوله: لأنّ دعواه صحيحة، لما فيه من إيجابِ ردِّ المال على المشهودِ عليه، وهو ممّا يدخلُ تحت الحكم، ولو لم يقلْه لا تقبل الشهادة؛ لأنّ الدعوى غير صحيحة، فكان جرحاً مجرَّداً؛ لأنّه لم يدَّعِ قبله حقاً يمكن القضاء به، ودعوى الاستئجار وإن كانت صحيحةً لكنّه يدّعيها لغيره، وليس له ولايةُ إلزام غيره لغيره. انتهى. فظهرَ فائدة القيود.

[١]قوله: أو اني... الخ؛ وكذا ادّعى أجنبيٌّ أنّه دفعَ بهم كذا؛ لئلا يشهدوا على فلان بهذه الشهادة، وطلبَ ردّه، وثبت إمّا ببيِّنة أو إقرار أو نكول، فإنّه يثبتُ به فسقُ الشاهد، فلا تقبلُ شهادته. كذا في «البحر»[٢].

[٢]قوله: عدل؛ قيِّدَ به؛ لأنّه لو كان غيرَ عدل يردّ شهادته مطلقاً، سواءً قال في المجلس أو بعده، في موضع التهمة أو غيره. كما صرَّحوا به.

[٣]قوله: أوهمت؛ أو شككت أو غلطت أو نسيت؛ كذا في «المعراج». وَهِمَ في الحسابِ يَوْهَمُ وَهْماً، مثل غَلِطَ غَلَطاً، وزناً ومعنىً، ويتعدَّى بالهمزةِ والتضعيف، وقد يستعمل المهموز لازماً، وأوهمَ في الحساب مئة، مثل: أسقط، وزناً ومعنىً، وأوهم في صلاته ركعة: تركها. كذا في «المصباح»[٣].

[٤]قوله: بعض شهادتي؛ منصوب على نزعِ الخافض؛ أي في بعض شهادتي، ولو قال: أوهمت الحقّ إنّما هو لفلان آخر لا لهذا، لم يقبل. كذا في «البحر»[٤].

[٥]قوله: قبل...الخ؛ لأنَّ الشاهدَ قد يبتلي بالغلط؛ لمهابةِ مجلس القضاء، فوضعَ

(١) في «التبيين»(٤: ٢٢٨).
(٢) «البحر الرائق»(٧: ١٠١).
(٣) «المصباح المنير»(ص٦٧٤).
(٤) «البحر الرائق»(٧: ١٠٢).

....

أي أخطأتُ[١] بنسيانِ ما يَجِبُ ذِكْرُهُ كما إذا ادَّعى المدَّعي عشرةَ دراهم، فشهدَ على الخمسة، ثُمَّ قال: نسيتُ البعضَ، بل الواجبُ عشرةَ، أو قال: أخطأتُ بزيادةٍ باطلة، كما إذا ادَّعى المدَّعي خمسةَ دراهم، فشهدَ على عشرة ثُمَّ قال: أخطأت، وقلتُ: العشرةُ مقامَ الخمسة، فإن كان في المجلسِ قبلتْ الشهادة.

قوله: أخطأت؛ في المجلسِ يقبلُ من العدل، وإن كان الموضعُ موضعَ شبهة، لأنَّ المدَّعي إذا ادَّعى الخمسةَ لا تقبلُ الشَّهادةُ على العشرة، لأنَّ المدَّعي يصيرُ مكذِّباً للشَّاهد، وفي غيرِ هذا المجلسِ إن كان الموضعُ موضعَ شبهةٍ لا يُقْبَل؛ لأنَّه يوهمُ[٢] التَّلبيسَ من المدَّعي، وإن لم يكن[٣] الموضعُ موضعَ شُبْهة كما إذا لم يَذْكُرْ لفظةَ الشَّهادة، ثُمَّ يزيدُ في مجلسٍ آخرَ لفظَةَ الشَّهادة، تقبلُ من العدلِ مع أن المجلسَ مختلف.

العذر، فإنَّ مهابةَ مجلسِ القضاء يوقعُ عليه الزيادة أو النقصان، فتقبل إذا تداركه في أوانه، وهو قبل البراح عن مكانه.

[١]قوله: **أي أخطأت**...الخ، قال فخر الإسلام ﷺ: معنى قوله: وهمت: أخطأتُ بنسيانِ ما كان بحقٍّ عليَّ ذكره، أو بزيادةٍ كانت باطلة، وقيل: معنى قوله: أوهمتُ في بعضِ شهادتي: أن يكون غلطاً في المقدار، أو في الجنس، أو في السبب.

ثم قيل: يقضى بجميعِ ما شهد؛ لأنَّ ما شهدَ صار حقّاً للمدَّعي على المدَّعى عليه، ولا يبطلُ بقوله: أوهمت، وقيل: يقضى بما بقي، حتى لو شهدَ بألف، وقال: غلطت بل هو خمسمئة يقضي عليه بخمسمئة؛ لأنَّ ما حدثَ بعد الشهادة قبل القضاءِ يجعلُ كحدوثه عند الشهادة، ولو شهدَ بخمسمئة لا يقضي بألف، وإليه مالَ شمسُ الأئمّة السَّرَخْسِيّ ﷺ. كذا في «الكفاية»(١)، وغيرها.

[٢]قوله: **لأنّه يوهم**...الخ؛ ولأنَّ المجلس إذا اتّحد لحقَ الملحق بأصلِ الشهادة، فصار ككلامٍ واحد، ولا كذلك إذا اختلفَ المجلس.

[٣]قوله: **وإن لم يكن**...الخ؛ حاصلُهُ: أنَّ الموضعَ إذا لم يكن موضعَ شبهةٍ فلا بأس بإعادة الكلام أصلاً، مثل أن يدعَ لفظة الشهادة وما يجري مجرى ذلك، وإن قام

---

(١) «الكفاية»(٦: ٤٩٧ - ٤٩٨).

....

....

عن المجلسِ بعد أن يكون عدلاً.

وذكرَ في «النهاية»: إنَّ الشاهد إذا قال: أوهمت في الزيادة أو في النقصان، يقبل قوله إذا كان عدلاً، ولا يتفاوتُ بين أن يكون قبل القضاءِ أو بعده، رواه الحسن ﷺ عن أبي حنيفة ﷺ، وبشر ﷺ عن أبي يوسف ﷺ. انتهى.

ووجهه ما ذكر في «العناية»[1]: من أنَّ فرضَ عدالته ينفي توهّم التلبيسِ والتغيير. انتهى. لكن ما ذكرَ في المتنِ هو ظاهر الرواية.

---

(١) «العناية»(٦: ٤٩٨).

باب الاختلاف في الشهادة

وشرط موافقة الشَّهادة للدعوى

باب الاختلاف في الشهادة

(وشرط موافقة[1] الشَّهادة للدعوى

[1]قوله: وشرطَ موافقة...الخ؛ قال يعقوب باشا في «حاشيته»(1): هاهنا كلام، وهو أنّه قد صرّح في شروحِ «الهداية»: بأنَّ المعتبرَ في الاتّفاقِ بين الدَّعوى والشهادةِ هو الاتّفاقُ في المعنى، والموافقة بين لفظيهما، فليست بشرطٍ بالاتّفاق، ألا ترى أنَّ المدَّعي يقول: ادَّعى عليَّ غريمي هذا، والشاهد يقول: أشهدُ بذلك، ففي عبارة المتنِ نوع قصورٍ لا يخفى. انتهى.

وقال في «مجمع الانهر»(2): وما في «الوقاية» من أنّه شرطَ من موافقةِ الشَّهادةِ للدَّعوى، كاتّفاقِ الشاهدين لفظاً ومعنىً مخالفٌ لما في أكثرِ الكتب. انتهى.

أقول: ليس المرادُ تشبيهُ موافقةِ الشهادةِ للدعوى باتّفاق الشاهدين، في الاتّفاق لفظاً ومعنىً معاً، بل في مطلق الاتّفاق، فلا يظهر قصورُ العبارة ومخالفةُ أكثرِ الكتب.

والتفصيل أنَّ الاختلاف بين الشاهدين ليس كالاختلافِ بين الدَّعوى والشهادة؛ لأنَّ شهادةَ أحدِ الشاهدين ينبغي أن تكون مطابقةً لشهادةِ الآخر في المعنى، وفي لفظ: لا يوجب اختلاف المعنى، وأمَّا المطابقة بين الدَّعوى والشهادةِ فينبغي أن تكونَ في المعنى فقط، ولا عبرةَ باللفظ. كذا في «الفصول العمادية» وغيرها.

ووجهه: إنَّ تقدّمَ الدَّعوى في حقوقِ العبادِ شرطٌ لقبول الشهادة؛ لأنَّ القاضي إنّما نصبَ لأجل فصل الخصومات، فلا بدَّ منها، وليس المرادُ بالخصومةِ إلا الدعوى، وقد وجدت الدعوى فيما يوافقها؛ لعدم ما يهدرها من التكذيب، وانعدمت فيما يخالفها موجود؛ ذلك لأنَّ الشهادة لتصديق الدعوى، فإذا خالفتها فقد كذَّبتها، فصار وجودها وعدمها سواء.

والأصلُ في الشهودِ العدالة، ولا يشترطُ عدالةُ المدَّعي لصحَّة الدعوى، فرجّحنا جانبَ الشهود عملاً بالأصل، بخلاف حقوق الله تعالى؛ لأنَّ الدَّعوى فيها ليس

---

(1) «حاشية يعقوب باشا»(ق١٢٨/ب).

(2) «مجمع الأنهر»(٢: ٢٠٥).

كاتّفاق الشاهدينِ لفظاً ومعنىً

كاتّفاق الشاهدينِ لفظاً[1] ومعنىً

بشرط؛ لأنَّ إقامةَ حقوقِ الله تعالى واجبةٌ على كلِّ أحد، فكان كلُّ أحدٍ خصماً في إثباته، وفي الانسان يتوقَّفُ على مطالبته، أو مطالبة مَن يقوم مقامه.

وصورة موافقة الشهادة للدَّعوى أن تتّحدا نوعاً وكمّاً وكيفاً وزماناً وفعلاً وانفعالاً ووضعاً وملكاً ونسبةً، فإنّه إذا ادَّعى على آخرٍ عشرة دنانير، وشهد الشاهد بعشرة دراهم، أو ادّعى عشرةَ دراهم يوم النحر بالكوفة، وشهدَ بذلك يوم الفطر بالبصرة.

أو ادّعى شقَّ زقٍّ وإتلاف ما فيه، وشهدا بانشقاقه عنده، أو ادعى عقاراً بالجانب الشرقي من ملكِ فلان، وشهدا بالغربي منه، أو ادّعى أنّه ملكه، وشهدَ أنّه ملكُ ولده، أو ادّعى أنه عبدٌ ولدته الجارية الفلانيّة، وشهدا بولادةِ غيرها، لم تكن تلك الشهادةُ موافقةً للدّعوى، ويعتبر اتّفاق الشاهدين؛ لأنَّ القضاءَ إنّما يجوزُ بحجّة، وهي شهادة المثنى، فما لم يتَّفقا فيما شهدا به لا يثبتُ الحجّة.

أمّا الموافقةُ من حيث المعنى فلا بدَّ منها بلا خلاف، وأمّا الاختلافُ في اللَّفظِ من حيث الترادفُ منه، فلا يمنع بلا خلاف؛ ولهذا لو شهد أحدُهما بالهبةِ والآخر بالعطية، فتقبل.

وأمّا الاختلافُ في اللفظ بحيث يدلُّ لفظُ شاهد واحدٍ على مدلولِ لفظ الشاهدِ الآخر تضمناً، فنفى أبو حنيفة ﷺ جوازه، فعنده لا بُدَّ من أن يطابقَ لفظهما على إفادةِ المعنى المراد بطريقِ الوضعِ لا بطريق التضمّن، خلافاً لهما، كذا في شروح «الهداية»(١)، وغيرها.

[١]قوله: لفظاً؛ والمرادُ بالاتّفاق في اللفظ: تطابقُ اللفظين على إفادةِ المعنى بطريق الوضع لا بطريق التضمّن، حتى لو ادّعى رجل بمئةِ درهم، فشهدَ شاهد بدرهم، وآخر بدرهمين، وآخر بثلاثة، وآخر بأربعة، وآخر بخمسة لم تقبل عنده؛ لعدم الموافقةِ لفظاً.

---

(١) «العناية» و«الكفاية»(٦: ٥٠٠).

عند أبي حنيفة ﷺ، فتردُّ إن شَهِدَ أحدُهما بألفٍ، والآخرُ بألفين، أو بمئة ومئتين، أو طلقة وطلقتين أو ثلاث

عند أبي حنيفة[١] ﷺ)، فإنّ عندهما[٢] لا يشترط اتفاقهما لفظاً ومعنىً، بل يكفي اتفاقهما معنىً، (فتردُّ[٣] إن شَهِدَ أحدُهما بألفٍ، والآخرُ بألفين، أو بمئة ومئتين، أو طلقةً وطلقتين أو ثلاث): أي شَهِدَ أحدُهما بمئةٍ والآخرُ بمئتين، أو شَهِدَ أحدُهما بطلقةٍ والآخرُ بطلقتينِ أو ثلاث، فإنَّها تُرَدُّ عند أبي حنيفةَ ﷺ، وعندهما تُقْبَلُ على الأقلِّ إذا ادَّعى المدَّعي الأكثر، حتَّى إذا ادَّعى الأقلَّ يكونُ المدَّعي مكذِّباً لشَّاهدِ الأكثر، فلا تقبل.

وعندهما: يقضي بأربعة؛ لاتّفاق الشاهدين الآخرين فيها معنى. كذا في «المنح»[١]، وغيره.

[١]قوله: **عند أبي حنيفة** ﷺ؛ له: إنَّ اختلافَ اللَّفظِ يدلُّ على اختلافِ المعنى؛ لأنَّ المعنى يستفادُ من اللفظ، ألا ترى أنَّ لفظ الواحد غير لفظ الاثنين، ولفظُ الألفِ غير لفظ الألفين؛ ولهذا لا يراد بأحدهما الآخر، ولم يثبتْ واحدٌ من اللفظين؛ لأنّه لم يشهد على كلٍّ واحد منهما إلا واحد.

فإن قلت: الألف موجودٌ في الألفين.

قلنا: نعم إذا ثبتَ الألفانِ ثبتَ الألف في ضمنه، فإذا لم يثبت المتضمّن كيف يثبتُ ما في ضمنه.

[٢]قوله: **فإنّ عندهما**...الخ؛ حاصلُهُ: أنَّ عندهما يعتبرُ الاتّفاقُ في المعنى لا غير، فيحكمان بالأقلِّ في مسألة الألفِ والألفين، والمئة والمئتين، والمطلقة والثلاث؛ لأنَّ الشاهدين اتَّفقا على الأقلّ، وتفرَّدَ أحدُهما بالزيادة، فيثبت ما اتَّفقا عليه؛ لوجود الحجّة دون ما انفردَ به أحدُهما؛ لعدمها، وذلك ليس باختلاف.

ألا ترى أنَّ المدَّعي لو ادَّعى الأكثر، وشهدا بالأقلّ تقبل، ولو كان اختلافاً لم تقبل؛ لأنَّ توافقَ البيّنة للدَّعوى شرطُ القبول.

[٣]قوله: **فتردّ**... الخ؛ تفريعٌ على أصلٍ مذكور، وهو أنَّ اتِّفاقَ الشاهدين لفظاً ومعنىً معتبرٌ عند الإمام، وعندهما معنى فقط.

---

(١) «منح الغفار»(ق٢: ١٣٤/أ).

وقبلتْ على ألفٍ في بألف وألفٍ ومئة إن ادَّعى المدَّعي الأكثر، كطلقةٍ وطلقةٍ ونصف، ومئةٍ ومئةٍ وعشرة

(**وقبلتْ على ألفٍ**[1] **في بألف وألفٍ ومئة**): أي في شهادةِ أحدهما بألفٍ والآخرُ بألف ومئة، (**إن ادَّعى المدَّعي الأكثر**)، حتى إذا ادّعى الأقلَّ بأن قالَ لم يكنْ إلا الألف، أو سكتَ عن دعوى المئة الزَّائدةِ لم تقبلْ شهادةُ مثبتِ الزِّيادة، وأمَّا إن قال: كان أصلُ حقي ألفاً ومئة، لكني استوفيتُ المئة أو أبرأتُهُ عنها قُبِلَتْ شهادتُهُ للتَّوفيق.

(**كطلقةٍ**[2] **وطلقةٍ ونصف، ومئةٍ ومئةٍ وعشرة**): أي كشهادة أحدهما بطلقةٍ والآخرِ بطلقةٍ ونصف، وشهادةِ أحدِهما بمئةٍ والآخرِ بمئة وعشرة، فإنّ الشَّهادةَ مقبولةٌ اتّفاقاً للاتّفاقِ على الألفِ، وعلى الطلقه وعلى المئة، ولا شكّ[3] أنّ قولَهما أظهر، وفرقُ أبي حنيفةَ رضي الله عنه ضعيف

[1]قوله: **وقبلت على ألف**...الخ؛ يعني إذا شهد أحد الشاهدين بألف، والآخرُ بألفٍ ومئة، والمدَّعي يدَّعى الأكثر، وهو ألف ومئة فتقبلُ شهادتهما على الألفِ اتّفاقاً؛ لأنَّ الشاهدين اتَّفقا على الألفِ لفظاً ومعنىً، وقد انفردَ أحدهما بألفٍ ومئة بالعطف، والمعطوفُ غير المعطوف عليه، فيثبت ما اتَّفقا عليه، وهو الألف، بخلافِ الألفين، فإنَّ دلالةَ هذا اللَّفظِ على كلٍّ منهما بالتضمّن.

[2]قوله: **كطلقة**...الخ؛ يعني كما إذا شهد أحدُهما بطلقة، والآخر بطلقةٍ ونصف، تقبل اتَّفاقاً على طلقةٍ إن ادَّعى الأكثر، وإذا شهد على أحدِهما بمئة، والآخر بمئةٍ وعشرة، والمدَّعي يدَّعي الأكثر، فتقبلُ على مئة اتَّفاقاً؛ لاتّفاق الشاهدين على الطلقة والمئة، وانفرادُ أحدهما بنصفٍ وعشرة، وتغايرُ المعطوف بالمعطوفِ عليه، وقد بيَّناه آنفاً.

بخلافِ ما إذا شهدَ أحدُهما بعشرة والآخر بخمسةَ عشر، والمدَّعي يدَّعي خمسةَ عشر، فلا تقبلُ الشهادة؛ لأنَّ خمسةَ عشرَ مركّب، وليس فيه عطف، فصار بما لا يفسق، وذكر في «البحر»(1): شهدَ أحدهما على خمسةَ عشر، والآخر على عشرةٍ وخمسةٍ، والمدَّعي يدَّعي خمسةَ عشر ينبغي أن تقبل. انتهى.

[3]قوله: **ولا شكّ**...الخ؛ لا شكَّ أن قولَهما أسهل وأظهر في بادي النظر، وبه

(1) «البحر الرائق»(7: 112).

ولو شَهِدا بألف، أو بقرضِ ألف وزادَ أحدُهما قَضَى كذا، قُبِلَتْ بألف، وبقرضِ ألف، ورُدَّ قولُهُ قضى كذا إلاَّ إذا شَهِدَ معه آخر، ولا يَشْهَدُ مَن علمَهُ حتَّى يُقِرَّ المدَّعي عند النَّاس بما قَبَض

وهو أنَّهما متَّفقانِ على الألفِ في شهادةِ أحدِهما بألف والآخرُ بألفٍ ومئة، غيرُ متَّفقينِ[1] في شهادةِ أحدهما بألفٍ والآخر بألفين.

(**ولو شَهِدا[2] بألف، أو بقرضِ ألف وزادَ أحدُهما قَضَى كذا، قُبِلَتْ بألف، وبقرضِ ألف، ورُدَّ قولُهُ قضى كذا**)؛ لأنَّ شهادةَ الفردِ غيرُ مقبولة، (**إلاَّ إذا شَهِدَ معه آخر، ولا يَشْهَدُ مَن علمَهُ حتَّى يُقِرَّ المدَّعي عند النَّاس بما قَبَض**): أي يَجِبُ

قالت الثلاثة، وفرقُ أبي حنيفةَ ﷺ أدقُّ وأقوى دراية، كما لا يخفى على مَن نظره دقيق.

[١]قوله: **غير متَّفقين**؛ لأنَّ الألفَ مفرد، والألفين تثنية، واختلافُ الألفاظِ تثنيةً وإفراداً يدلُّ على اختلافِ المعاني بالضرورة، فإنَّ الألفَ لا يعبَّرُ به عن الألفين، لا حقيقةً ولا مجازاً وبالعكس، وكان كلامُ كلِّ واحدٍ من الشاهدين مبائناً لكلام الآخر.

[٢]قوله: **ولو شهدا**...الخ؛ يعني لو شهدا بألف، أو شهدا بقرضِ ألف، وقال أحدُهما: قضى من الألفِ بخمسمئةٍ مثلاً، قبلتِ الشهادةُ على الألفِ لاتِّفاقهما على وجوبِ الألف، ولا تقبلُ على القضاء؛ لأنّه شهادةُ فرد، إلاَّ أن يشهدَ معه آخر، فحينئذٍ تقبلُ على القضاءِ أيضاً.

فإن قلت: المدَّعي كذَّبَ شاهده بالقضاء، فينبغي أن لا تقبل، كما إذا شهدَ بألفٍ وخمسمئة، والمدَّعي يدَّعي ألفاً.

قلت: لم يكذّبه فيما شهدَ له، وإنّما كذَّبه فيما شهدَ عليه، وذلك لا يقدح، كما إذا شهدا لمدَّعٍ بحقٍّ ثمَّ شهدا عليه بحقٍّ لإنسانٍ آخر، فإنَّ شهادتهما له لا تبطل، بخلاف ما استشهدَ به؛ لأنَّ التكذيبَ فيه فيما شهدَ له فيكون قادحاً.

وعن أبي يوسفَ ﷺ، في تلك الصورة يقضي بخمسمئة؛ لأنّ شاهدَ القضاء مضمون شهادته أن لا دين إلا خمسمئة، فيكون هو المتَّفق عليه معنىً، فكان ينبغي أن يكون قول محمَّد ﷺ كذلك؛ لأنَّ مذهبَه في اعتبارِ المعنى كمذهب أبي يوسفَ ﷺ لكنّه خالفه، والله أعلم؛ لأنّه لم يشهد بخمسمئةٍ ابتداءً، بل اتَّفقَ الشاهدانِ على وجوبِ الألف عليه للمدَّعي، ثمَّ انفردَ الآخرُ بالقضاء، فلا يسمع.

ولو شهدا بقتل زيدٍ يوم كذا بمكّة، وآخران بقتلِهِ فيه بكوفةَ ردَّتا، فإن قَضَى بأحدِهما، ثُمَّ قامت الأُخرى ردُّتْ هي

على الذي يعلمُ قضاءَ البعضِ أن لا يشهدَ حتَّى يُقِرَّ المدَّعي عند النَّاس بما قبضَ؛ لئلا يتضرَّرَ المدَّعي عليه. وذَكَرَ الطَّحَاوِيّ(١) عن أصحابِنا ﷺ: أن شهادتَهُ لا تُقْبَل، وهو قولُ زُفَرَ ﷺ؛ لأنَّ[١] المدَّعي يكذِّبُ شاهدَ قضاءِ البعض. قلنا[٢]: الإكذاب في غيرِ المشهودِ به لا يمنعُ القبول.

(**ولو شهدا بقتل زيدٍ يومِ كذا بمكّة، وآخران بقتلِهِ فيه بكوفةَ ردَّتا**): أي شَهِدَ بقتلِ زيدٍ في ذلك اليومِ بكوفةَ ردِّتْ البيِّنات؛ لأنَّ أحدَهما كاذبةٌ بيقين[٣]، وليست إحداهما أولى من الأخرى، (**فإن قَضَى بأحدِهما، ثُمَّ قامت الأُخرى ردُّتْ هي**)؛ لأنَّ الأُولَى ترجَّحت[٤] باتصال القضاءِ بها، فلا ينتقضُ بالثَّانية.

---

[١]قوله: **لأنَّ المدَّعي يكذب شاهدَ قضاء البعض**؛ وهو تفسيق له، فبقي واحد فلا تقبل؛ لعدم كمال النصاب.

[٢]قوله: **قلنا: هذا إكذاب**...الخ؛ وبيانه: إنَّ الشاهدين إذا شهدا لإنسانٍ بمال، ثم شهدا عليه بمالٍ لإنسانٍ آخر، فكذَّبهما المشهود عليه الذي هو مشهودٌ له، يقضى بما شهدا له، وإن كان يفسِّقهما فيما شهدا عليه؛ لأنَّ هذا تفسيقٌ عن اضطرار، والموجبُ للردِّ هو التفسيقُ عن اختيار.

وكذلك لو شهدَ الشاهدان لرجلٍ على رجلٍ بألفِ درهمٍ ومئة دينار، فكذَّبهما المشهودُ له في المئة الدينار، تقبلُ شهادتهما، ثمَّ هاهنا كذَّبه فيما شهدا عليه وهو القضاء، فلا يقدح في شهادتِه له. كذا في «الكفاية»(٢).

[٣]قوله: **كاذبة بيقين**؛ لأنّ الفعلَ الواحد وهو القتل لا يمكن أن يقعَ في مكانين.

[٤]قوله: **ترجَّحت**...الخ؛ لأنّه لَمّا حكمَ أنّه قتلَ بمكَّة صار ذلك حكماً بأنّه لم يقتلْ في غيرها، إذ قتلُ شخصٍ واحدٍ في مكانين لا يتصوَّر، وهذا نظير مسألة التحرّي.

---

(١) قال الطحاوي في «مختصره»(ص٣٤٣): روي عن أبي يوسف ﷺ أنه قال: لا تقبل شهادة الشاهد الذي شهد على القضاء؛ لأنه شهد على أن لا شيء للمدّعي على المدّعى عليه مما يطالبه به، وبه نأخذ.

(٢) «الكفاية»(٦: ٥٠٦).

ولو شَهِدَا بسرقةِ بَقَرة، واختلفا في لونِها قُطِع، ولو اختلفا في الذُّكورة لا

(ولو شَهِدَا[١] بسرقةِ بَقَرة، واختلفا في لونِها قُطِع، ولو اختلفا في الذُّكورة لا)، وعندهما[٢]: لا يقطعُ في الوجهينِ[٣]، وقيل: الاختلافُ في لونينِ متشابهين كالسَّوادِ، والحمرةِ لا في السَّوادِ والبياضِ. وقيل: في جميعِ الألوان، له[٤]: أن السَّرقةَ قد يقع في اللَّيالي، والرَّائي يراهُ من بعيد، فاللونان يتشابهان، والأظهرُ قولُهما(١).

[١]قوله: ولو شهدا...الخ؛ يعني إنَّ الشاهدين إذا شهدا على سرقةِ بقرة، واختلفا في لونِها، فقال أحدُهما: سرقَ بقرةً بيضاء، وقال الآخر: بقرةً سوداء، تقبل شهادتُهما عند الإمام، فإذا قبلت قطعَ يد السارق، وعندهما: لا تقبل، فلا يقطع يد السارق، ولو اختلفا في الذكورةِ والأنوثة، بأن قال أحدُهما: سرقَ ذكراً، والآخر: سرقَ أنثى لا تقبلُ شهادتُهما عند الإمامِ أيضاً.

[٢]قوله: وعندهما...الخ؛ هذا الخلاف فيما إذا كان المدَّعي يدَّعي سرقةَ بقرةٍ مطلقاً من غير تقييدٍ بوصف، أمّا إذ ادَّعى سرقةَ بقرةٍ سوداءَ أو بيضاءَ لا تقبل شهادتُهما بالإجماع؛ لأنَّ المدَّعي كذَّبَ أحدَهما.

[٣]قوله: لا يقطع في الوجهين؛ لأنَّ البقرةَ البيضاءَ غيرُ البقرة السوداء، فكانا سرقتين مختلفتين، ولم تتم على فعلٍ واحدٍ نصابُ الشهادة، فلم يثبت، صار كاختلافهما في الذكورةِ والأنوثة، وكاختلافهما في اللَّونِ في الغصب، بل أولى؛ لأنَّ الثابتَ بالغصبِ ضمانٌ لا يسقطُ بالشبهات، والثابتُ بالسرقةِ حدّ، وهو يسقط.

والحدُّ أعسرُ إثباتاً من الغصب؛ لأنَّ الغصبَ يثبتُ بشهادةِ النساء مع الرجال، وبالشهادة على الشهادة، والحدُّ ليس كذلك، فلمّا لم يثبت الغصب بمثلِ هذه الشهادة، فأولى أن لا يثبت الحدُّ بها.

[٤]قوله: له أن...الخ؛ تقريره: إنَّ التوفيق ممكنٌ؛ لأنَّ السرقةَ تكون في الليالي غالباً، ويكون التحمُّل فيها من بعيد، فيتشابه على الشاهدين اللَّونان، أو يجتمعان في بقرة، بأن كان أحدُ جانبيها أبيض.

(١) نقل الحصكفي في «الدر المنتقى»(٢: ٢٠٨) و«الدر المختار»(٤: ٣٩٢) ترجيح الشارح ﷺ، فقال: قال صدر الشريعة: والأظهر قولهما.

ولو شَهِدَ بشراءِ عبد، أو كتابتِهِ بألف، والآخرُ بألف ومئة ردَّتْ شهادتُهما

(ولو شَهِدَ[1] بشراءِ عبد، أو كتابتِهِ بألف، والآخرُ بألف ومئة ردَّتْ شهادتُهما)، سواءٌ ادَّعى البائعُ أو المشتري؛ لأنَّ العقدَ يختلفُ باختلافِ الثَّمن، فيكونُ على كلٍّ واحدٍ شهادةُ فردٍ فلا تُقْبَل

والجانب الآخرُ أسود، فيشهد كلٌّ بما رأى أو بما وقعَ عنده، بخلاف وصفِ الذكورةِ والأنوثة؛ لأنّهما لا يجتمعان في بقرةٍ واحدة، وكذا الوقوفُ على تلك الصفة يكون بالقرب، فلا يشتبه، فيكونان سرقتين مختلفتين، فلم يتمَّ في كلِّ واحدٍ منهما نصابُ الشهادة.

وبخلافِ الغصب؛ لأنَّ التحمُّل فيه بالنهارِ على قربٍ منه، فإنَّ الغصبَ يكون غالباً في النهار، وهاهنا مباحثُ نفيسة، تركناها خشيةً عن التطويل، ولعلَّ الشارح ﷺ قال: والأظهر قولهما؛ نظراً إلى تلك المباحث.

[1]قوله: ولو شهد...الخ؛ صورتُه: إنَّ زيداً اشترى عبداً من عمرو بألف وخمسمئة دراهم، وأنكرَ أحدُهما، فشهدَ أحدُ الشاهدين أنَّ زيداً اشترى ذلك العبدَ من عمرو بألف، وشهدَ الآخر أنه اشترى بألفٍ وخمسمئة، فلا تقبلُ شهادتُهما؛ لأنَّ المقصودَ من دعوى البيع قبل التسليم هو إثباتُ السبب، وهو العقد.

والظاهرُ أنَّ البيعَ بألفٍ غيرُ البيع بألفٍ وخمسمئة، فاختلفَ المشهود به باختلافِ الثمن، فلم يتمَّ النصابُ على واحدٍ منهما.

وذكر علاءُ الدِّين السَّمَرْقَنْدِيُّ ﷺ: إنَّ الشهادةَ تقبل؛ لأنَّ التوفيقَ ممكن، فإنَّ الشراءَ الواحد قد يكون بألفٍ ثمَّ يصيرُ بألفٍ وخمسمئةٍ بأن يشتريه بألفٍ ثم يزيدُه عليه خمسمئة، فقد اتّفقا على شراءٍ واحد.

ولو اختلفا في الجنسِ بأن شهدَ أحدُهما أنّه اشتراه بألف درهم، وشهدَ الآخر أنّه اشتراهُ بمئة دينارٍ بطلت؛ لعدم إمكان التوفيق؛ لأنَّ الشراء الواحدَ لا يتصوَّر أن يكون بألفِ درهمٍ ثم يصير بمئةِ دينار. كذا في «التبيين»(1).

وكذلك الكتابة، فإنَّ عقدَ الكتابة يختلفُ باختلافِ البدل، فإنَّ المقصودَ هو العقد، وذلك ظاهرٌ إذا كان المُدَّعى هو العبدَ، فإنَّ العقدَ مقصوده، فلا تقبل الشهادةُ

(1) «تبيين الحقائق»(4: 235).

وكذا عتقٌ بمال، وصلحٌ عن قَوَد، ورهن، وخلعٌ، إن ادَّعى العبد، والقاتل، والرَّاهن، والعرس، وإن ادَّعى الآخر، فهو كدعوى الدَّين في وجوهها

(**وكذا**[1] **عتقٌ بمال، وصلحٌ عن قَوَد، ورهن، وخلعٌ، إن ادَّعى العبد، والقاتل، والرَّاهن، والعرس**)، فيه لفٌ ونشرٌ، فدعوى العبد يرجعُ إلى العتقِ بمالٍ، وهكذا على التَّرتيب، لأنَّ المقصودَ هنا هذا العقدُ وهو مختلفٌ.

(**وإن ادَّعى الآخر**): أي المولى في العتقِ على المال، وولي المقتولِ في الصَّلح عن القَوَد، والمُرْتَهِنُ في الرَّهْن، والزَّوج في الخلع، (**فهو كدعوى الدَّين في وجوهها**): أي إن كان الشَّاهدان مختلفينِ لفظاً لا تقبلِ عند أبي حنيفةَ ﷺ وإن كانا متفقينِ معنىً، فإن ادَّعى المدَّعي الأقلَّ لا تُقْبَلُ شهادةُ الشَّاهدِ بالأكثر، وإن ادَّعى الأكثرَ تقبلُ على الأقلِّ.

ولقائل أن يقول[2]: ليس هذا كدعوى الدَّين؛ لأنَّ الدَّينَ يثبت بإقرار المديون، فيمكن أن يُقِرَّ عند أحدِ الشَّاهدين بألف، وعند الآخرِ بأكثر، ويمكنُ أيضاً أن يكونَ أصلُ الحقِّ هو الأكثرَ لكنَّه قَضَى الزَّائدَ على الألف، أو أبرأ عنه عند أحد الشاهدينِ دون الآخرِ، فالتَّوفيقُ بينهما ممكنٌ، أمَّا هاهنا فالمالُ يثبتُ بتبعيّةِ العقدِ

إذا اختلف الشاهدان في بدل الكتابة، وأمّا إذا كان المدَّعي هو المولى؛ فلأنَّ مقصودَ الوليِّ هو العتق، وهو لا يثبتُ قبل الأداء، وهو لا يتحقَّقُ بدون الكتابة، فصارت هي مقصوده.

[1]قوله: وكذا...الخ؛ أي لا تقبل الشهادة؛ لأنَّ مقصودَ العبد، أو القاتل، أو الراهن، أو العرس إثباتُ العقد، والحاجة ماسَّةٌ إليه، وثبوتُ العتاقِ والعفوِ والرهنِ والطلاقِ يبنى عليه.

وقال في «الهداية»(1): وفي الراهن إن كان المدَّعي هو الراهن لا يقبل؛ لأنّه لا حظَّ له في الرهن، فعَرِيت الشهادةُ عن الدَّعوى، وان كان هو المرتهن فهو بمنْزلة الدّعوى بالدين. انتهى.

[2]قوله: **ولقائل أن يقول**... الخ؛ هذا نقضٌ على قوله: فهو كدعوى الدَّين في

---

(1) «الهداية»(٣: ١٢٨).

والإجارةُ كالبيعِ في أوَّلِ المدَّة، وكالدَّينِ بعدها

والعقدُ بالألفِ غيرُ العقدِ بالأكثر، فبقي على كلٍّ واحدٍ شهادةُ فرد، فلا تقبل كما في الطَّرفِ الآخر[1].

(**والإجارةُ كالبيعِ في أوَّلِ المدَّة**[1]**، وكالدَّينِ بعدها**)، إذ في أوَّلِ المدَّةِ المقصودُ هو العقد، فلا يقبلُ الشَّهادة، وبعد المدَّة يكونُ الدَّعوى من الأجير، وهو يدّعي الأجرةَ فيكونُ كدعوى الدَّين، فيقبَلُ كما تقبلُ في دعوى الدَّين.

وجوهها، وقد يجاب عنه بأنَّ العقدَ كالخلعِ والعتقِ مثلاً يثبتُ بإقرارِ المدَّعي فلا يحتاجُ في إثباته إلى البيّنة، حتى يقال: إنَّ العقدَ بألفٍ غيرُ العقد بالأكثر، وعلى كلٍّ واحدٍ شهادةُ فردٍ فلا تقبل، بل إنّما يحتاجُ إليها؛ لإثباتِ الدَّين، فصار كما إذا ذكرَ الشاهدُ الشيئين أحدُهما غير محتاجٍ إليه فيرجعُ حقيقةً إلى دعوى الدَّين.

ويمكن التوفيق هاهنا أيضاً، بأن يقرَّ المدَّعي عليه بالعقد على ألفٍ عند شاهدٍ وعند آخرَ بالعقد على أكثر، ويكون قد أبرأ المدَّعي المدَّعى عليه عن البعضِ أو قبضَه عند شاهدٍ والآخرُ عنه غافل.

وقد يجابُ عنه: بأنَّ المشبَّه لا يجبُ أن يكونَ في حكم المشبَّه به بجميعِ الوجوه، بل المرادُ بكونِهِ كدعوى الدَّين أنَّ الشَّاهدين إذا كانا مختلفين لفظاً لا يقبلُ عند الإمام، وإن كانا متَّفقين فإن ادَّعى المدَّعي الأقلّ لا تقبلُ شهادةُ الشاهدِ من الأكثر، وإن ادَّعى الأكثرَ تقبل على الأقلّ، فتأمّل في كلا الجوابين.

[1]قوله: **والإجارة كالبيع في أوّل المدّة**؛ يعني إذا كانت الدَّعوى في الإجارة في أوَّل المدَّةِ قبل استيفاءِ المعقود عليه، واختلفَ الشاهدان لا تقبل كما لا تقبلُ عند الاختلافِ في البيع؛ للحاجة إلى إثبات العقد، سواء ادَّعى المؤجِّرُ أو المستأجر، وسواء كانت الدَّعوى بأقلّ المالين أو أكثرهما. وكالدَّين بعدها: أي بعد المدَّة، فثبتَ ما اتَّفق عليه الشاهدان، وهو الأقلّ.

---

(١) والجواب عن اعتراض الشارح ﷺ: بأن المال في الصور الأربع وإن كان ثابتاً بالعقد حين العقد وتابعاً له لكن الأمر صار بالعكس حين الدعوى؛ لأن صاحب الحق اعترف بالعقد والعتق والطلاق؛ أي كان المال متبوعاً والعقد تابعاً عند الدعوى يعني المال مقصود تبعاً للقصد حين العقد ومقصود أصالة حين الدعوى، فالعقد مقصود تبعاً للمال. ينظر: «درر الحكام» (٢: ٢٨٦)، و«الشرنبلالية»(٢: ٣٨٦)، و«حاشية الخادمي»(ص٤٣٤)، وغيرهم.

وصحَّ النِّكاحُ بألفٍ استحساناً، وقالا: ردَّتْ فيه أيضاً

(**وصحَّ النِّكاحُ بألفٍ**[١] **استحساناً، وقالا: ردَّتْ فيه أيضاً**)، هذا هو القياسُ؛ لأنَّ[٢] المقصودَ هو العقدُ من الجانبين، فصارَ كالبيعِ، وجه الاستحسان[٣]: أن المالَ في النِّكاحِ تَبَعٌ، ولا اختلافَ فيما هو الأصلُ، وهو العقدُ فيثبت، ثُمَّ وَقعَ الاختلافُ في التَّبعِ فيقضى بالأقلّ، ويستوي دعوى أقلِّ المالين

أمّا إذا كان المدَّعي هو الآجرُ، فإنّه لا حاجةَ إلى إثبات العقد، وأمّا إن كان المستأجِّر؛ فلأنَّ ذلك منه اعترافٌ بمالِ الإجارة، فيجب عليه ما اعترفَ به من غير حاجةٍ إلى اتّفاق الشاهدين أو اختلافهما، وهذا إن ادَّعى الأكثر، وإن ادَّعى الأقلّ فلا تقبل شهادة مَن شهدَ بالأكثر؛ لأنَّ المدَّعي يكذِّبه. كذا في «مجمع الأنهر»(١)، وغيره.

[١]قوله: **وصحّ النكاح بألف**؛ أي بأقلِّ المالين استحساناً، وهو مذهبُ الإمام، سواء كان الدَّعوى من الزوجِ أو الزوجة، وسواء ادّعى الأقلّ أو الأكثر.

[٢]قوله: **لأنّ**...الخ؛ هذا دليلٌ على القياس، وتقريره أنَّ المقصودَ من الجانبين هو إثباتُ السبب.

الظاهرُ أنَّ النِّكاحَ بألفٍ غيرُ النِّكاحِ بألفٍ وخمسمئة، فتبطل الشهادة كما في البيع بإقرارِ أحدهما، بخلافِ العتقِ على مال، والخلع، والصلح عن دمِ العمد، حيث يكون دعوى الدَّين إذا كان المدَّعي هو الزوج والمولى والولي؛ لأنّه بإقراره يسقطُ القصاص، ويقعُ الطلاقُ والعتق، فبقي دعوى المال المجرَّد عن السبب.

[٣]قوله: **وجه الاستحسان**: إنّ المال...الخ؛ تحريره: إنّ المالَ في النكاحِ تابع؛ ولهذا يصحُّ النكاحُ بلا تسميةِ المهر، والاختلافُ في التابعِ لا يوجبُ الاختلافَ في الأصلِ إن كان ثابتاً.

والأصلُ في النكاحِ هو الحلّ والازدواج وملك البضعة؛ لأنَّ شرعيَّة النكاح لذلك، ولزومُ المهر لصون المحلّ عن الابتذالِ بالتسليط عليه مجاناً كما تقرَّر في محلّه، ولا اختلافَ فيما هو الأصل، ثمَّ إذا وقعَ الاختلافُ في التَّبعِ يقضى بالأقلّ؛ لاتّفاقهما عليه. كذا في «الهداية»(٢)، و«العناية»(٣).

---

(١) «مجمع الأنهر»(٢: ٢٠٩).

(٢) «الهداية»(٣: ١٢٨).

(٣) «العناية»(٦: ٥١٣).

....

أو أكثرهما[١] في الصَّحيح[٢]، وقد قيل: إن الاختلافَ في دعوى الزَّوجة، وأمَّا في دعوى الزَّوج فلا تقبل اتّفاقاً؛ إذ المقصودُ هو العقدُ دون المال، وفي جانبِ الزَّوجةِ يمكنُ أن يكونَ المقصودُ هو المال، لكن الصَّحيحَ[٣] أن الاختلافَ في الفصلين.

[١]قوله: **أو أكثرهما**؛ هذا ما قاله تبعاً لصاحب «الهداية»(١)، والصواب وأكثرهما بالواو بدلالةِ يستوي.

[٢]قوله: **في الصحيح**؛ احترازٌ عمَّا قال بعضُهم: إنّه لَمَّا كان كالدَّينِ وجبَ أن يكون الدَّعوى بأكثرِ المالين، وإليه ذهبَ شمسُ الأئمّة ﷺ.

ووجه ما في «الكتاب»: إنَّ المنظورَ إليه العقد، وهو لا يختلفُ باختلافِ البدل؛ لكونه غير مقصود، ويثبت في ضمنِ العقد، فلا يراعى فيه ما هو شرطٌ في المقصود، أعني الدّين. كذا في «العناية»(٢).

[٣]قوله: **لكنَّ الصحيح**...الخ؛ لأنَّ الكلامَ ليس في أنَّ الزَّوجَ يدَّعي العقدَ أو المال، أو المرأةَ تدَّعي ذلك، بل الكلام في أنَّ الاختلافَ في الشهادةِ على مقدارِ المهر، بل يوجبُ الاختلافَ في نفسِ العقدِ أم لا، فعند الإمام: لا يوجب ذلك، وقالا: يوجبه، وقد ذكرنا سابقاً دليلَ المذهبين فتذكَّر.

---

(١) «الهداية»(٣: ١٢٨).

(٢) «العناية»(٦: ٥١٦).

فصل في الشهادة على الإرث

ولَزِمَ الجرُّ لشاهدِ الإرثِ بقولِهِ ماتَ وتركَهُ ميراثاً له، أو ماتَ وذا في ملكِه، أو في يده، فإن قال: كان لأبيه إعارة، أو أودعَهُ أو آجاره مَن في يدِهِ جازَ بلا جرٍّ

فصل في الشهادة على الإرث

(ولَزِمَ الجرُّ[1] لشاهدِ الإرثِ بقولِهِ ماتَ وتركَهُ ميراثاً له، أو ماتَ وذا في ملكِه، أو في يده): أي إذا قال الشُّهود: كان هذا المورِّثُ هذا المدَّعي لا يُقْضَى للوارث حتَّى يجروا الميراثَ إلى المدَّعي بقولهم: ماتَ وتركَهُ ميراثاً له... إلى آخره، خلافاً لأبي يوسفَ ﷺ فإنَّهُ لا يشترطُ عنده الجرّ.

(فإن قال: كان لأبيه إعارة، أو أودعَهُ أو آجاره مَن في يدِهِ جازَ بلا جرٍّ)؛ لأنَّ يدَ المستعير، والمودع، والمستأجّر قائمةٌ مقامَ يدِه فلا حاجةَ إلى الجرّ.

---

[1] قوله: ولزم الجر...الخ؛ يعني إذا ادَّعى الوارثُ شيئاً في يدِ إنسانٍ أنّه ميراث أبيه مثلاً، وشهدَ الشاهدان أنَّ هذا كان لأبيه لا يقضي له حتى يجرّ الميراث حقيقة، بأن يقول الشاهد: ماتَ وتركه ميراثاً للمدَّعي، أو حكماً بأن يقول: ماتَ وهذا ملكه، أو في يده، أو في تصرُّفه.

أمَّا إذا قال: كان لأبيه، لا تقبل شهادتُه؛ لعدمِ الجرِّ حقيقةً وحكماً، وهذا عند الطرفين، وقال أبو يوسفَ ﷺ: تقبل شهادته بلا جرّ؛ لأنّ ملكَ المورِّثِ كالوارث، لكونِ الوراثةِ خلافة؛ ولهذا يردُّ بالعيب، ويردُّ عليه به، فصارت الشهادةُ بالملكِ للموت شهادة الوارث.

ولهما: إنَّ ملكَ الوارثِ يتجدَّدُ في الأعيان، وإن لم يتجدَّد في حقِّ الدِّيون؛ ولهذا يجبُ الاستبراءُ على الوارثِ في الجاريةِ الموروثة، ويحلُّ للوارثِ الغنيِّ ما كان صدقةً على المورِّث الفقير، والمتجددُ يحتاجُ إلى النقل، فلا يكون استصحابُ المالِ مثبتاً، لكن يكتفى بالشهادة على قيامِ ملكِ المورِّث وقت الموت؛ لثبوت الانتقال حينئذٍ ضرورة.

وكذا الشهادةُ على قيامِ يده؛ لأنَّ الأيدي عند الموت تنقلبُ يدَ ملكٍ بواسطةِ الضمان، إذ الظاهرُ من حالِ المسلم في ذلكِ الوقت أن يسوِّيَ أسبابه ويبيِّنَ ما كان من الودائعِ والغصوب، فإذا لم يبيِّن، فالظاهرُ من حالِهِ أن ما في يده ملكه، فجَعَلَ اليدَ عند

ولو شهدا بيدِ حيٍّ منذ كذا ردَّت

(ولو شهدا[١] بيدِ حيٍّ[٢] منذ كذا ردَّت) : أي شهدا أنَّه كان في يدِ المدَّعي[٣] منذ شهر[٤]

الموتِ دليلُ الملك. كذا في «الدرر»(١)، و«العناية»(٢).

وقال في «المنح»(٣): ولا بُدَّ مع الجرِّ المذكورِ من بيانِ سببِ الوراثة، وإذا شهدوا أنه أخوه فلا بدَّ من بيان أنّه أخوه لأبيه وأمّه، أو لأحدهما، صرَّح به في «البحر»(٤)، وغيره، وكذا إذا شهدوا أنّه عمُّه أو مولاه، لم تقبلْ؛ لأنَّ المولى مشترك، فإن قالوا: هو مولاه أعتقه، ولا نعلمُ له وارثاً غيره فحينئذٍ تقبل. انتهى.

وقال في «الفتح»(٥): وينسبا الميّتَ والوارثَ حتى يلتقيا إلى أبٍ واحد، ويذكرُ أنّه وارثُه، وهل يشترط قوله: ووارثه في الأبِ والأمِّ والولد، قيل: يشترط، والفتوى على عدمه، وكذا كلُّ مَن لا يحجبُ بحال، وفي الشهادةِ بأنّه ابنُ ابن الميّت أو بنت ابنه لا بدَّ منه، وفي أنّه مولاه لا بُدَّ من بيانِ أنّه أعتقه. انتهى.

[١]قوله: ولو شهدا...الخ؛ صورتُه: إنَّ الدارَ مثلاً كانت في يدِ رجلٍ فادَّعاها رجلٌ آخر أنّها له، وليست الدَّارُ عند الدَّعوى في يده، وشهدَ الشاهدان أنّها كانت في يدِ المدَّعي منذ شهر مثلاً لا تقبلُ شهادتهما عند الطرفين، وعند أبي يوسفَ ﷺ تقبل.

[٢]قوله: حيٍّ؛ قيَّدَ به؛ لأنَّ الشاهدين إذا شهدا للميِّت بأنَّ هذه الدارَ مثلاً كانت في يدِهِ وقت الموتِ تقبلُ بالإجماعِ وتكون الدارُ لوارثه، وقد تقدَّم ذكره.

[٣]قوله: في يدِ المدَّعي؛ قيّد به؛ لأنّه إذا شهدا أنّه كان للمدَّعي لم تقبلْ بالاتّفاق.

[٤]قوله: منذ شهر؛ ليس بقيد، فإنَّ الخلافَ ثابتٌ فيما لم يذكرْه، فإنّه ذكرَ الإمامُ التُّمُرْتَاشِيُّ: لو شهدوا لحيٍّ أنَّ العينَ كانت في يدِه لم تقبل؛ لأنَّ اليدَ محتملة يد غصبٍ أو يد ملك، فإذا كانت يدَ غصبٍ عن ذي اليد، لا تجب إعادته، وإن كانت يد ملكٍ تجب، فلا تجب بالشكّ. كذا في «جامع الفصولين».

---

(١) «درر الحكام»(٢: ٣٨٨).
(٢) «العناية»(٦: ٥١٩).
(٣) «منح الغفار»(ق٢: ١٣٥/ب).
(٤) «البحر الرائق»(٧: ١١٨).
(٥) «فتح القدير»(٦: ٥٢١ - ٥٢٢).

وإن أقرَّ المدَّعى عليه بذلك، أو شهدا بأنَّه أقرَّ بيدِ المدَّعي صحَّ

والحالُ أنَّهُ ليس في يدِ المدَّعي عند الدَّعوى لا تقبل؛ لأنَّ اليدَ متنوعةٌ إلى يدِ ملكٍ ويدِ أمانةٍ، ويد ضمان، فتعذَّرَ القضاءُ بإعادةِ المجهول، وعند أبي يوسفَ ﷺ تقبل[١]

(**وإن أقرَّ**[٢] **المدَّعى عليه بذلك، أو شهدا بأنَّه أقرَّ بيدِ المدَّعي صحَّ**)؛ لأن جهالةَ المقرِّ به لا تمنعُ صحَّةَ الإقرار.

---

[١]قوله: **تقبل**؛ لأنَّ اليدَ مقصودةٌ كالملك، وإذا ثبتَ الملكُ يبقى على أن يوجدَ ما يزيله، فكذا في اليد، ولو شهدا أنّه كان ملكَه منذ شهر تقبل، فكذا هذا، وصار كما إذا شهدا أنَّه كان في يدِ المدَّعي، وأخذَه المدَّعى عليه الذي هو صاحب اليد تقبل.

والجواب عن هذا القياس: إنَّ الملكَ معلوم غيرُ مختلف، وإن كان أسبابُ حدوثِهِ شتّى، والأخذُ أيضاً معلومٌ بالشهادة، وحكمه أيضاً معلومٌ وهو وجوبُ الردِّ بخلافِ اليد، فإنّها منقضة محمولة؛ لكونها متنوّعةً إلى أنواعٍ قد سبقتِ الإشارةُ إليها، وقياسُ المجهولِ على المعلومِ هو القياسُ مع الفارق.

[٢]قوله: **وإن أقرّ**...الخ؛ يعني إن أقرَّ المدَّعى عليه باليدِ للمدَّعي، أو شهد شاهدان بأنّه أقرَّ باليدِ للمدَّعي منذ شهرٍ مثلاً صحّ، ودفعَ ذلك إلى المدّعي؛ لأنَّ الإقرارَ معلومٌ، فتصحُّ الشهادةُ به؛ وجهالةُ المقرِّ به لا تمنعُ صحَّةَ الإقرار، ألا ترى أنّه لو قال: لفلانٍ عليَّ شيءٌ صحّ، وذهبَ عليه البيان، ولا تصحُّ الشهادةُ به.

فصل في الشهادة على الشهادة

ويقبلُ الشَّهادةُ على الشَّهادةِ إلاَّ في حدٍّ وقَوَد

فصل في الشهادة على الشهادة

(ويقبلُ الشَّهادةُ على الشَّهادةِ[1] إلاَّ في حدٍّ وقَوَد

[1]قوله: ويقبل الشهادة على الشهادة؛ هذا شروعٌ في أحكامِ شهادةِ الفروع بعد الفراغِ عن أحكامِ الأصول، وإنّما أخّرها عن شهادةِ الأصول؛ لاستدعاء الفرعِ تقديم الأصل، والقياس يأبى جوازه؛ لأنَّ الأداءَ عبادةٌ بدنيّةٌ وجبت على شاهد الأصل، وليست بحقٍّ للمشهود له؛ لعدم جوازِ الخصومةِ والإجبار فيها.

والعبادة البدنية لا تجرُّ النيابة فيها؛ ولأنَّ فيها زيادة احتمال؛ لأنَّ الاحتمال فيها في موضعين، في الأصولِ وفي الفروع، إلا أنّها جوّزت استحساناً لما أنّه قد يعرضُ على الأصلِ عوارضٌ يتعذّرُ الحضور معها، فلو لم تقبلْ شهادةُ الفرعِ لضاعت الحقوق، وهي بدلٌ عن شهادةِ الأصول.

فإن قلت: لو كان فيهما معنى البدنية لما جازَ الجمعُ بينها؛ لعدم جوازِه بين المبدلِ والمبدل منه، لكن لو شهد أحدُ الشاهدين وهو أصل، وآخران على شهادةِ شاهدٍ آخر جاز.

قلت: إنَّ البدنيَّة إنّما هي في المشهودِ به، فإنَّ المشهودَ به بشهادة الفروع هو شهادةُ الأصول، والمشهودُ به بشهادةِ الأصولِ هو ما عاينوه ممّا يدّعيه المدّعي، وإن كان كذلك لم تكنْ شهادةُ الفروعُ به، لا عن شهادة الأصول، فلم يمتنع إتمامُ الأصولِ بالفروع.

وإذا ثبتت البدليَّة فيها لا تقبل فيما يسقطُ بالشبهات؛ كشهادةِ النساء مع الرجال، فتقبل في جميع الحقوق كالأموال، والوقفِ على الصَّحيح إحياءً له، وصوناً عن اندراسه والتعزير. كما صرَّح به في «البحر»[1] نقلاً عن «الأجناس».

وذكر في «الاختيار»[2]: وما يوجبُ التعزيرَ عن أبي حنيفةَ ﷺ لا تقبلُ كسائرِ العقوبات، وعن أبي يوسفَ ﷺ تقبل؛ لأنَّ التعزيرَ لا يسقطُ بالشبهة، لما روي أنَّ النبيَّ ﷺ: «حبسَ رجلاً بالتُّهمة»[3].

(١) «البحر الرائق»(٧: ١٢٠).

(٢) «الاختيار»(٥: ٤١٦).

(٣) في «سنن الترمذي»(٤: ٢٨) وحسنه، و«سنن أبي داود»(٣: ٣١٤)، و«المستدرك»(٤: ١١٤) وصححه.

وشُرِطَ لها تعذُّرُ حضورِ الأصلِ بموت، أو مرض، أو سفر

وشُرِطَ لها تعذُّرُ[١] حضورِ الأصلِ بموت، أو مرض، أو سفر): وعند أبي يوسفَ[٢] ﷺ يكفي[٣] مسافة إن غدا لا يبيتُ إلى أهلِه

والحبسُ تعزير. كذا في «المنح»(١)، إلا في حدٍّ وقود فلا تقبلُ فيها سقوطها بالشبهة، وجوَّزها الإمامُ مالك ﷺ في الحدود؛ لأنّ الفروعَ عدول نقلوا شهادة الأصول، فالحكمُ بشهادةِ الأصولِ والفروع كالترجمان.

ولنا: إنَّ الحدودَ تندرئ بالشبهة، وفي الشهادةِ على الشهادة شبهةٌ من حيث البدليّة، أو من حيث أنَّ فيها زيادةُ احتمال؛ لأنَّ كلَّ شهادةٍ فيها احتمالُ أنَّ المشهودَ به غيرُ حقّ، وفي شهادةِ الفروعِ احتمالٌ آخر وهو الخط لم توجدْ من الأصول.

[١]قوله: وشرط لها تعذّر...الخ؛ لأنَّ الشهادةَ على الشهادة لم تجزْ إلا للحاجةِ عند عجزِ الأصل، والأصلُ يتحقَّقُ بهذه الأشياء، والمراد بالمرض ما لا يستطيعُ الحضورَ معه إلى مجلس الحكم؛ لأنّ أداء الشهادة فرض، فلا يسقط إلا بالعجز.

فإذا سقط جاز له أن يحملَ غيرُه كيلا يفوتَ حقُّه، والسفر عذرٌ ظاهر، فإنَّ الأحكامَ الكثيرة تعلَّقت به كالقصرِ في الصلاة، والفطر في الصوم، وامتدادِ مدَّةِ المسح، وسقوطِ الجمعة والأضحية، وحرمةِ خروج المرأة من غير محرمٍ أو زوجٍ وغير ذلك من الأحكام، فكذا هذا الحكم، وزاد في «المنح»(٢): أو كون المرأة مخدَّرة عند الشهادةِ عند القاضي، وبه صرَّح في «القُنْية».

[٢]قوله: وعند أبي يوسفَ ﷺ؛ هذا مشعر بكونِه مذهب أبي يوسفَ ﷺ، وفي سائرِ الكتبِ رواية عنه.

[٣]قوله: يكفي...الخ؛ يعني أنَّ الشاهدَ الأصلَ إن كان في مكانٍ لو ذهب بكرةَ النَّهارِ لأداءِ الشهادةِ لا يستطيعُ بعدَ الرجوعِ من مجلس القاضي أن يبيتَ في أهلِهِ صحَّ الشهادةُ إحياءً لحقوقِ الناس.

قال الفقهاء: الأوّل؛ أي ما ذكر في المتنِ أحسن؛ لأنَّ العذرَ يتحقّق بذلك كما في سائر الأحكام، والثاني: أي ما روي عن أبي يوسف ﷺ أرفق؛ لأنَّ إحياءَ الحقوق

---

(١) «منح الغفار»(ق٢: ١٣٦/أ – ب).

(٢) «منح الغفار»(ق٢: ١٣٦/أ – ب).

وشهادةُ عددٍ عن كلِّ أصلٍ لا تغايرُ فرعي هذا وذاك

(وشهادةُ عددٍ[١] عن كلِّ أصلٍ لا تغايرُ فرعي هذا وذاك[٢])

واجب ما أمكن، والشاهدُ أيضاً محتسب، فلا يكلَّف ما فيه حرج، وفي البيتوتة في غير أهله حرجٌ عظيم، فيجوز الإشهادُ على شهادتِه؛ دفعاً للحرج عنه، وإحياءً لحقوقِ الناس، وبه أخذَ الفقيه أبو اللَّيث ﷺ، وكثيرٌ من المشايخ.

وروي عن محمَّد ﷺ: إنّه إذا كان الأصل في زاويةِ المسجدِ فشهدَ الفرع على شهادتِهِ في زاوية أخرى من ذلك المسجد، تقبلُ شهادته.

[١]قوله: **وشهادة عدد**...الخ؛ أي وشرط لها شهادةَ عدد نصاب، وهو رجلان أو رجلٌ وامرأتان عن كلِّ أصل؛ لأنَّ الشهادةَ حقٌّ من الحقوق، فلا بدَّ من نصاب الشهادة، قال في «الكبرى»: تقبل فيما لا يسقطُ بالشبهةِ إن شهدَ رجلان على شهادةِ شاهدين. انتهى. فظاهره أنَّ ذلك شرطٌ فلا تقبل شهادة النساءِ على الشهادة.

وبه صرَّح في «الحاوي القدسي»، لكن قال في «البحر»(١): قوله: إن شهدَ رجلان وقعَ اتّفاقاً؛ لأنّه يجوز أن يشهدَ عليها رجل وامرأتان؛ لتمامِ النصاب، وقد توهَّم المقدسيّ في «الحاوي» أنّه قيدٌ احترازيّ فقال: لا تقبلُ شهادةُ النِّساءِ على الشهادة. انتهى. وهو غلط. انتهى ما في «البحرِ» بقدر الضرورة.

وكذا لا يشترط أن يكون المشهود على شهادةٍ رجلاً؛ لأنَّ للمرأةِ أيضاً أن تشهدَ على شهادتها رجلين أو رجلاً وامرأتين، ويشترطُ أن يشهدَ على شهادةِ كلِّ امرأة نصابُ الشهادة، ذكره الزَّيْلَعِيّ(٢).

وقال البِرْجَنْدِيّ: واعلم أنّ هاهنا شرطٌ آخر لم يذكرْه المصنّف ﷺ وهو أنَّ الأصلَ لو كان حيَّاً بقيَ وقتَ أداءِ الفرعِ جائز الشهادة، فلو خرسَ أو فسقَ أو عمى أو ارتدّ أو جنَّ لم تجزْ شهادةُ الفرع. ذكره في «الخلاصة». انتهى.

[٢]قوله: **لا تغاير فرعي هذا وذلك**؛ أي لا يشترطُ تغاير فرعيها، بأن يكون لكلِّ شاهدٍ شاهدان متغايران، بل يكفي شاهدان على كلِّ أصل، ولو قال: لا تغايرَ فرعيها كان أحسن.

---

(١) «البحر الرائق»(٧: ١٢٠).

(٢) في «تبيين الحقائق»(٤: ٢٣٩).

ويقولُ الأصلُ: اشهدْ على شهادتي أنّي أشهد بكذا

خلافاً للشَّافِعِيِّ(١) رضي الله عنه إذ عنده[١] لا بُدَّ من أربعةِ شهداء، يشهدُ اثنانِ عن هذا وآخران عن ذلك، وعندنا يكفي اثنان[٢] يشهدانِ عن هذا، ويشهدان عن ذلك.

(ويقولُ الأصلُ[٣]: اشهدْ على شهادتي أنّي أشهد بكذا

[١]قوله: إذ عنده...الخ؛ لأنَّ كلَّ شاهدين فرعين قائمان مقامَ شاهد أصل، فصار كالمرأتين، فإنّهما لمّا قامتا مقامَ رجلٍ واحدٍ لم يتمَّ حجَّةُ القضاءِ بشهادتهما، فكذا لا يتمّ حجّةُ القضاء بهذين الشاهدين.

[٢]قوله: يكفي اثنان؛ لأنَّ نقلَ شهادةِ الأصل من حقوقِ الناس، فإنّه يجب على كلِّ واحدٍ من الأصلين أن يؤدّيَ ما عليه إذا طلبه المدَّعى، فالشاهدان شهدا بحقٍّ ثمَّ شهدا بحقٍّ آخر، فتقبلُ لكمالِ نصابِ الشهادة، بخلافِ شهادة المرأتين، فإنَّ النِّصابَ لم يوجد؛ لأنّهما بمنْزلةِ رجلٍ واحد.

[٣]قوله: ويقول الأصل...الخ؛ شروعٌ في بيان كيفيَّة الإشهادِ وأداءِ الفروع بعد الفراغِ من بيانِ وجهِ مشروعيَّتها، وكميَّة الشهودِ للفروع، فقال: يقول الأصل: أشهد ... الخ.

ووجهه: أنَّ الفرعَ كالنَّائبِ عن الأصل، والشهادة على الشهادة إنّما تصير حجّة بنقل شهادة الأصلِ إلى مجلس القضاء؛ فلأنّه من التحميل، والفرع وكيلٌ من الأصل، فلا بُدَّ من التوكيل.

وقيَّد بقوله: اشهد على شهادتي؛ لأنّه لو لم يقلْ لم يمنعه أن يشهدَ على شهادته، وإن سمعها منه.

وقيّد بقوله: على شهادتي؛ لأنّه لو قال: أشهدُ على هكذا، لم يجزْ له الشهادة؛ لأنّه لفظٌ محتمل؛ لاحتمالِ أن يكونَ الإشهادُ على نفسِ الحقِّ المشهودِ به، فيكونُ أمراً بالكذب.

وقيَّدَ بعلى؛ لأنّه لو قال: بشهادتي، لم يجزْ له؛ لاحتمال أن يكون أمراً، بأن يشهدَ مثل شهادتِهِ بالكذب.

---

(١) لكن المعتمد عند الشافعية على خلاف ذلك، فلا يشترط تغاير فرعي الأصلين، ينظر: «التنبيه»(ص١٦٣)، و«مغني المحتاج»(٤: ٤٥٥)، و«حاشية نهاية المحتاج»(١٠: ٢٧٦)، وغيرها.

والفرعُ يقولُ: أشهدَ أن فلاناً أشهدني على شهادتِه بكذا، وقال: لي اشهدْ على شهادتي بذلك

والفرعُ يقولُ: أشهدَ أن فلاناً أشهدني على شهادتِه بكذا، وقال: لي اشهدْ على شهادتي بذلك)، بعضُ المشايخ ﷺ طوَّلوا وقالوا: يقولُ الأصلُ: أشهدُ بكذا، وأنا أُشهدُكَ على شهادتي، فاشهدْ على شهادتي وفيه خمس شينات، ويقول الفرع أشهد أن فلاناً[1] شهد عندي بكذا، فأشهدني على شهادتِهِ بكذا، وأمرني أن أشهدَ على شهادتِهِ بذلك، وأنا أشهد على شهادته بذلك، وفيه ثماني شينات

وقيَّد بالشهادةِ على الشهادة؛ لأنَّ الشهادةَ بقضاءِ القاضي صحيحة، وإن لم يشهدها القاضي عليه. كذا في «البحر»(١)، وغيره، وفي هذه الصفةِ في شهادةِ الأصلِ ثلاثُ شهادات، وفي شهادةِ الفرعِ خمسُ شهادات، هذا في «الهداية»(٢)، وهو مختارُ شمسِ الأئمَّةِ الحَلْوَانِيّ ﷺ.

وعن الخصَّافِ ﷺ أنّه يقول في الإشهاد: أشهد عندك بكذا، وأشهدُك على شهادتي بذلك، فأنا أشهدُ على شهادته بذلك خفي شهادة الأصلِ أربعُ شهادات، وفي الفرعِ ثماني شهادات، وبه أخذَ أبو قاسم الصفّار ﷺ.

وعن الخصَّاف ﷺ أيضاً: إنّه يكفي أن يقول في الإشهاد: أشهدُ أنَّ فلاناً أقرَّ عندي لفلانٍ بكذا، فاشهد على شهادتي أنَّ لفلانٍ على فلان كذا، ويقول عند الأداء: أشهدَ أن فلانا شهد عندي أنَّ لفلان على فلان كذا، وأشهدني على شهادته، فالآن أشهد على شهادتِهِ أنَّ لفلانٍ على فلان كذا، ففي الأصلِ ثلاثُ شهادات، وفي الفرعِ ستُّ شهادات، وبهذا قال أبو نصر ﷺ.

وذكر بعضُ أصحابنا أنّه يقول في الأداء: أشهدُ أنَّ فلاناً شهدَ عندي بكذا، وأشهدني على شهادته هذه؛ لأشهدَ عليها عند الحاجة، فأنّا أشهد على شهادتِه هذه، وفيه سبع شهادات. كذا في «الفتاوى المنصورية». ذكره البِرْجَنْدِيّ في «شرح النُّقاية».

[1] قوله: **فلاناً**؛ فيه إشارةٌ إلى أنَّ الفرعَ ينبغي أنّ يسمِّيَ الأصلَ عند القاضي، فإنَّ لفظَ فلانٍ كنايةً عن العلم؛ وذلك لأنّه إذا قال: لم أعرف اسمه، أو عرف ولم

---

(١) «البحر الرائق»(٧: ١٢١).

(٢) «الهداية»(٣: ١٣٠).

فإن عدَّلَ الفرعُ أصلَهُ صحَّ كأحدِ الشَّاهدينِ الآخر، وإن سكتَ عنه نظرَ في حالِه

والأحسنُ الأقصر قول أبي جعفر ﷺ أن يقولَ الأصلُ: اشهدْ على شهادتي بكذا، أو يقولَ الفرعُ: أشهدُ على شهادةِ فلانٍ بكذا من غيرِ احتياجٍ إلى ذِكْرِ زيادة، وعليه فتوى(١) الإمام السَّرَخْسِيِّ[١] ﷺ.

(**فإن عدَّلَ الفرعُ أصلَهُ صحَّ[٢] كأحدِ الشَّاهدينِ[٣] الآخر، وإن سكتَ عنه نظرَ في حالِه**): أي ينظر القاضي في حال الأصل

يسمِّه، للقاضي أن لا يقبلَ شهادته. صرَّح في «الخزانة»، وغيرها.

[١]قوله: **السَّرَخْسِيُّ**؛ أي المنسوب إلى السَّرَخْس،- بفتح السين والراء المهملتين - بلدةٌ عظيمةٌ بخراسان. كذا في «القاموس»(٢).

والمرادُ به شمس الأئمّة محمّد بن أحمد بن أبي سهل ﷺ، وهو مشهورٌ في الفقه والدراية غاية الاشتهار، أخذَ عن شمسِ الأئمّة الحَلْوانِيّ وغيره من الأعلامِ الأخيار، وله شرح «المبسوط» وشرح «السير الكبير» وكتابٌ في أصولِ الفقه، وإن شئتَ تفصيل حالاته، فارجع إلى «أعلام الأخيار»(٣).

[٢]قوله: **صحَّ**؛ أي تعديله، فإنَّ الفرعَ نائبٌ ناقلٌ عبارةَ الأصل إلى مجلس القاضي، فبالنقل ينتهي علمُ النيابة، فيصيرُ أجنبيًّا، فيصحُّ تعديله، قال في «المنح»(٤): المرادُ أنَّ الفروعَ يعرفونَ بالعدالةِ عند القاضي فعدلُّوا الأصول، وإن لم يعرفهم بها فلا بُدَّ من تعديلهم، وتعديلُ أصولهم. انتهى.

[٣]قوله: **كأحدِ الشاهدين**؛ أي كتعديلِ أحدِ الشاهدينِ للآخر، فإنّه من أهل التزكية، ومنهم مَن قال: لا يصحُّ تعديله؛ لأنّه يريد تنفيذَ شهادة نفسِهِ بهذا التعديل، فكان متّهماً.

والجوابُ أنَّ العدلَ لا يتّهمُ بمثله، كما لا يتّهمُ في شهادة نفسِه، فإنّه يحتملُ أن

---

(١) وهو رواية محمد بن الحسن ﷺ في «السير الكبير»، واختاره أبو الليث السمرقندي ﷺ وصاحب «التبيين»(٤: ٢٤٠)، و«البحر»(٧: ١٢١)، وغيرهم، والمتون على قال المصنِّف ﷺ.

(٢) «القاموس»(٢: ٢٢٩).

(٣) «كتائب أعلام الأخيار»(ق١٤٩).

(٤) «منح الغفار»(ق١٣٧/ب).

وان أنكرَ الأصلُ شهادتَهُ بطلَ شهادةُ فرعِه، ولو شهدا عن اثنين على عزةَ بنتِ عزٍّ المضري، وقالا: أخبرانا بمعرفتِها، وجاءَ المدَّعي بامرأة لم يدريا بأنَّها هي أم لا

فإن ثبتَ عدالتُهُ تقبلُ شهادةُ فرعِهِ هذا عند أبي يوسف[1] ﷺ، وعند محمَّد ﷺ: لا تقبلُ إذ لا شهادةَ إلاَّ بالعدالةِ، فإذا لم يَعْرِفِ الفرعُ عدالةَ الأصل، لم تقبلْ شهادتُهُ فلا يقبل شهادةُ الفرع، قلنا[2]: لا يشترطُ معرفةُ الفرعِ عدالةَ الأصل، بل يشترطُ أن يثبتَ ذلك عند القاضي، فإن ثبتَ عنده يقبلُهُ وإلاَّ لا.

(**وان أنكرَ[3] الأصلُ شهادتَهُ بطلَ شهادةُ فرعِه، ولو شهدا عن اثنين على عزةَ بنتِ عزٍّ المضري، وقالا: أخبرانا بمعرفتِها، وجاءَ المدَّعي بامرأة لم يدريا بأنَّها هي أم لا**

يقال: إنّما شهدَ فيما شهد؛ ليصيرَ مقبولَ القولِ فيما بين الناسِ عند تنفيذ القاضي قوله على موجبِ ما شهد، وإن لم يكن له شهادة فيه في الواقع، ولا وجهَ للتُّهمة، فإنّ قولَه مقبولٌ في حقِّ نفسه، وإن ردَّت شهادةُ صاحبِهِ حتى إذا انضمّ إليه غيرُهُ من العدول حكمَ القاضي بشهادتهما فلا تهمة فيه.

[1]قوله: **هذا عن أبي يوسف** ﷺ؛ ووجهه: إنَّ الواجبَ على الفرع هو النقل دون التعديل؛ لأنَّ التعديلَ قد يخفى عليه، وإذا نقلَ الفرعُ شهادةَ الأصلِ يتعرَّفُ القاضي العدالة، كما إذا حضرَ الأصلُ بنفسِه وشهد، فإنَّ القاضي يتعرّف حاله.

[2]قوله: **قلنا**...الخ؛ حاصلُه: أن لا يشترطَ في النقلِ أن يعرفَ القاضي عدالةَ الأصل، بل يشترطُ في قبولِ الشهادةِ أن تثبتَ العدالةَ عند القاضي، فإن ثبتَ عنده يقبل، وإلاَّ فلا.

[3]قوله: **وإن أنكر**...الخ؛ صورةُ المسألة: إنَّ الأصلَ إذا قال في حقِّ الفرعِ لم أعرفُه ولم أشهده على شهادتي فماتَ أو غابَ ثمَّ جاء ذلك الفرعُ وشهدَ عند الحاكم، فالحاكم لا يقبلُ شهادته؛ لأنَّ التحميلَ شرط، ولم يثبت متعارض بين خبرِ الأصلِ وخبرِ الفرع؛ لأنّه يحتملُ أن يكون الأصلُ صادقاً، فلا يثبت التحميل مع الاحتمال، وقيِّد بالإنكار؛ لأنّه لو سئل فسكتَ لم يبطل الإشهاد. كذا في «المنح»(1) نقلاً عن «الخلاصة».

(1) «منح الغفار»(ق٢: ١٣٧/ب).

قيل له: هات شاهدينِ أنّها عزَّة، وكذا الكتابُ الحكميّ

قيل له[١]**: هات شاهدينِ أنّها عزَّة**)، اعلم أن الغرضَ من هذه المسألةِ أنّه لا يشترطُ أن يعرفَ الفرعُ المشهودَ عليه، بل يقال للمدَّعي: هاتِ شاهدين يشهدان أن الذي أحضرتَهُ هو المشهودُ عليه، وليس الغرضُ أنّه إذا شهدا على فلانةِ بنتِ فلان[٢] المضري يكونُ النسبةُ تامّة، ويكونُ الشَّهادةُ مقبولة؛ لأنَّهُ إذا لم يذكرِ الجدَّ فلا بُدَّ أن ينسبَ إلى السِّكّةِ الصَّغيرةِ، أو إلى الفَخِذِ: أي القبيلةِ الخاصّةِ ليتمَّ النسبةُ، ويقبلُ الشَّهادةُ عند أبي حنيفةَ ﷺ ومحمَّد ﷺ خلافاً لأبي يوسف ﷺ، فإنَّ ذِكْرَ الجدِّ لا يشترطُ عنده، فلا يشترطُ ما يقومُ مقامَه من ذِكْرِ السِّكَّةِ أو الفخذ.

(**وكذا الكتابُ الحكميّ**): أي إذا جاء[٣] كتابُ القاضي إلى القاضي، ولا يعرف الشُّهود المشهودَ عليه، قيل للمدَّعي: هات شاهدين أن هذا هو المشهودُ عليه

والمرادُ بالإنكارِ هو الإنكارُ قبل الحكم، فإنّه لو أنكرَ بعد الحكمِ لم تبطل، فإنَّ المرادَ ببطلانِ الشهادةِ عدم قبولها، والحكمُ الواقعُ قبل الإنكارِ لا يبطلُ. كما صرَّحوا به.

[١]قوله: **قيل له...**الخ؛ لأنَّ التعريفَ بالنسبةِ تحقّق بشهادتهما، والمدَّعي يدَّعي أنَّ تلك النسبةِ للحاضرة، ويحتمل أن تكون لغيره، فلا بُدَّ من إثباتِ تلك النسبة للحاضرة، ونظيره ما إذا شهدوا ببيعِ محدود يذكرُ حدودَه من غير معرفةِ عينه، وشهدوا على الخصمِ فلا بُدَّ من آخرين يشهدان المحدود بتلك الحدود في يدِ المدَّعى عليه، يصحُّ القضاء به.

وكذا إذا ذكر المدَّعى عليه أنَّ الحدودَ المذكورةَ في الشهادةِ حدودُ ما في يده، فلا بُدَّ من شاهدين آخرين يشهدان الحدودَ المذكورة في الشهادة حدود ما في يده.

[٢]قوله: **فلانة بنت فلان**؛ إنّما أوردهما منكرين بناءً على ما في «المصباح»(١): فلانٌ وفلانة بدون ألفٍ ولام: كنايةٌ عن الأناسيّ، وبها كناية عن البهائم، يقال: ركبتُ الفلان، جلبتُ الفلانة. انتهى.

[٣]قوله: **أي إذا جاء...**الخ؛ يعني أنَّ القاضي كتبَ في كتابه: شهدَ عدلان عندي أن لفلانَ بن فلان الفلانيّ، على فلانة بنت فلان الفلانيّة كذا، فاقضِ عليهما أنتَ

(١) «المصباح المنير»(ص٤٨١).

فإن قالا فيهما: المضرية لم يجز حتى ينسباها إلى فخذها

(**فإن قالا فيهما: المضرية لم يجز حتى ينسباها إلى فخذها**): أي قالا في الشهادة على الشهادة والكتاب الحكمي: المضرية، لم يجز حتى ينسباها إلى فخذها[1]؛ لأنّ[2] هذه النسبةَ عامّة(١)، ثُمَّ اعلم أن هذا في العرب، أمَّا في العجم فلا يشترطُ ذِكْرُ الفخذ؛ لأنَّهم ضيَّعوا أنسابَهم، بل ذِكْرُ الصِّناعةِ يقومُ مُقَامَ ذِكْرِ الجدِّ

بذلك، فأحضرَ المدَّعى امرأةً في مجلسِ المكتوبِ إليه، ودفع الكتابَ إليه، وأنكرت أنّها فلانة، يقول القاضي: هاتِ شاهدين يشهدان أنَّ هذه التي أحضرتها هي الفلانيّة المذكورةُ في هذا الكتاب؛ ليمكنَ الإشارة إليها في القضاء.

[١]قوله: **إلى فخذها**؛ قال في «المصباح المنير»(٢): الفخذُ - بالكسرِ وبالسكون للتخفيفِ - دون القبيلة، وفوق البطن. وقيل: دون البطن وفوق الفصيلة، وهو مذكّر؛ لأنّه بمعنى النضر، والفخذُ بالكسر والسكون للتخفيف من الأعضاءِ مؤنّثة، والجمع أفخاذ. انتهى. بأدنى اختصار.

وفسَّره في «الهداية»(٣): بالقبيلة الخاصّة، وفي «التبيين»(٤) و«الدرر»(٥) بالجدِّ الأعلى، وذكرَ الزَّمَخْشَرِيُّ في «تفسيره»: إنَّ العربَ ستُّ طبقات: شعب بفتح الشين، وقبيلة، وعمارة، وبطن، وفخذ، وفصيلة، فمضر شعبٌ، وكذا رَبيعة، وحِمْيَر، ومَذْحِج، سمّيت به؛ لأنَّ القبائل تنشعبُ منها، وكنانة قبيلة، وقريشٌ عِمارة، وقصيٌّ بطن، وهاشمٌ فخذ، والعبّاس فصيلة.

[٢]قوله: **لأنَّ هذه النسبةِ عامّة**؛ تقريرُه: إنَّ التعريفَ شرطٌ فيه؛ وذلك لا يحصلُ بالنسبةِ إلى الخاصّة، والنسبةُ إلى الفخذ خاصّة؛ لأنَّ أوَّل النسب الشعب، ثمّ القبيلة، ثمّ الفصيلة، ثمّ العمارة، ثمّ البطن، ثمّ الفخذ، فكان أخصّ من الكلّ. ذكرَه في «النهاية».

---

(١) لأن التعريف يتمّ بذكر الجد و الفخذ، أو بنسبة خاصة، والنسبة إلى المصر أو إلى المحلة الكبيرة عامة، وإلى السّكّة الصغيرة خاصة، والمقصود: الإعلام. ينظر: «الدر المنتقى»(٢: ٢١٤).
(٢) «المصباح المنير»(ص٤٦٤).
(٣) «الهداية»(٣: ١٣١).
(٤) «تبيين الحقائق»(٤: ٢٤١).
(٥) «درر الحكام»(٢: ٣٩٠).

....

....

وجعلَ الزمخشريُّ ﷺ الفصيلةَ آخرَ الكلّ، فالشَعبُ مجمعُ القبائل، والقبيلةُ مجمع العمائر، والعمارةُ مجمع البطون، والبطونُ مجمعُ الأفخاذ، والفخذُ مجمعُ الفصائل.

والمقصود من النسب حصولُ العلمِ بالمنسوب، وذلك يحصلُ بالنسبةِ إلى الخاصِّ دون العام، وقيل: الفِرْغانيّة نسبةٌ عامَّة، والأُوزْجَنْديّة خاصّة، وقيل السَّمَرْقَنْدِيَّة والبُخاريّة عامّة، وقيل: إلى السِّكَّة الصغيرة خاصّة وإلى المحلَّة الكبيرة والمصرِ عامّة.

وبالجملة؛ النسبةُ إلى ما هي خاصّة يحصلُ التعريفُ فيها، بخلافِ النسبة إلى ما هي عامّة؛ فإنّه لا يحصلُ فيها التعريف، ألا ترى أنَّ المحلَّةَ الكبيرةَ والمصرَ يشملان على ناسٍ كثيرين، يتَّحدُ أساميهم وأسامي آبائهم، فلا يحصل بذلك التعريف.

فصل في شهادة الزور

ومَن أقرَّ أنّه شَهِدَ زوراً شُهِّرَ ولم يعزَّرْ

فصل في شهادة الزور

(ومَن أقرَّ أنّه[1] شَهِدَ زوراً شُهِّرَ ولم يعزَّر[2])

[1]قوله: ومَن أقرَّ أنّه...الخ؛ هذا شروعٌ في أحكامِ شاهدِ الزور، وأخّرَها في الذكر؛ لأنّ الصدقَ هو الأصل، وتصويرُ المسألة: أنَّ مَن أقرّ على نفسه بالكذبِ معتمداً، فقال: كذبتُ فيما شهدتُ متعمداً عزّرَه القاضي بتشهيره في السوق، إن كان سوقيّاً، وإلى قومِهِ إن لم يكن سوقيّاً عند اجتماعهم.

وكذا مَن شهدَ بقتلِ رجلٍ ثمَّ جاءَ المشهودُ له يقتلِ حيّاً حتى يثبت كذبُه بيقين، وزادَ شيخُ الإسلامِ أن يشهدَ بموتِ واحدٍ فيجيءَ حيّاً، لكن فيه نظر؛ لاحتمالِ أن يكون مستنداً في هذه الشهادةِ إلى إخبار الثقة، ثم يتبيّن خلافه، وبه لا يظهر أنّه شَهِدَ زوراً بخلافِ الشهادةِ على القتل.

وأمّا إذا قال: غلطتُ، أو نسيتُ، أو أخطأت، أو ردّت شهادته؛ لتهمةٍ أو لمخالفةٍ بين الشهادةِ والدَّعوى، أو بين الشهادتين، فإنّه لا يقرّر؛ لأنّا لا ندري مَن هو الكاذب منهم، المشهود له أو الشاهدان، أو أحدهما، وقد يكذبُ المدَّعي لينسبَ الشاهد إلى الكذب، ولا يمكن إثباتُه بالبيِّنة؛ لأنّه من باب النفي، والبيِّنةُ حجّةٌ للإثبات.

أمّا إذا أقرَّ على نفسه فيقبلُ إقراره، ويجب عليه موجبُه من الضمان والتعزير، والرجالُ والنساء وأهلُ الذِّمة في هذا الباب سواء، كما صرَّح به الزَّيْلَعِيُّ[1]، وغيره.

وقال الإمام الحاكم أبو محمَّدٍ الكاتب ﷺ: هذه المسألةُ على ثلاثةِ أوجه:

أحدُها: أن يرجعَ على سبيلِ التوبة والندامة، فإنّه لا يعزَّرُ بالإجماع.

والثاني: أن يرجعَ من غير توبة وهو مصرٌّ على ما كان، فإنّه يعزَّرُ بالإجماع.

والثالث: أن لا يعلمَ رجوعه بأيِّ سبب، فإنّه على الاختلافِ المذكور. كذا في «الرمز»[2]، وغيره.

[2]قوله: شهِّر ولم يعزّر؛ ظاهرُهُ أنَّ التشهيرَ غيرالتعزير، والحالُ أنّه نوعٌ منه

(١) في «التبيين»(٤: ٢٤٢).

(٢) «رمز الحقائق»(٢: ٢١٥).

....

فإن شريحاً[١] كان يُشَهِّرُ ولا يعزِّر، فيبعثُه[٢] إلى سوقِهِ إن كان سوقياً، وإلى قومِهِ إن لم يكن سوقياً عند اجتماعِهِم، فيقول: إنا أخذناه شاهدَ زورٍ فاحذروه، وحذِّروه النَّاسَ

اتّفاقاً، كما في «الفتح»(١) معزياً إلى «المغني». وإنّما قوله: لا يعزِّرُ بلا ضرب؛ لأنَّ التشهير تعزير، والحاصلُ الاتّفاق على تعزيرٍ غير أنّه اكتفى بتشهيرِ حاله في الأسواق، وقد يكون ذلك أشدُّ من ضربة خفية، وهما أضافا إلى ذلك الضرب. انتهى.

ومن ثمَّ قال في «المنح»(٢): مَن ظهر أنّه شهد بزور عزّر بالتشهير. انتهى. كقوله لم: يعزر، إمّا بمعنى لم يضرب، أو بتقدير لم يعزّر بالضرب.

[١]قوله: **فإنّ شريحاً**...الخ؛ هذا دليل على مذهب الإمام، فإن قلت: ظاهره أنّ الإمامَ قلّد شريحاً ﷺ، وهو تابعيّ، وتقليدُ التابعيّ لا يراهُ الإمام.

قلت: منشأ الدليلِ احتجاجٌ بإجماعِ الصحابة؛ لأنَّ شريحاً ﷺ كان قاضياً في زمنِ الصحابة، ومثل هذا التشهيرِ لا يخفى على الصحابة، ولم ينكرْ عليه أحدٌ منهم، فحلَّ محلَّ الإجماع، على أنَّ شريحاً ﷺ، وإن كان تابعيًّا لكن الصحابةَ ﷺ سوَّغوا له في الاجتهاد، ورجعوا إلى قوله في المناظرة.

فمَن كان بهذه المثابة من أئمّة التابعين فحكمُهُ حكمُ الصحابة ﷺ، حتى رويَ عن الإمامِ أنّه يقلّدهم وعدَّ منهم فقال مثل: مسروق، والحسن، وعلقمة، وشريح ﷺ، ومَن كان في رتبتهم فيكون في الحقيقة على هذا تقليدٌ للصَّحابة ﷺ؛ لتجويزهم فعلهم وقولهم، لا سيّما شريح ﷺ، فإنّه كان قاضياً زمانَ عمر ﷺ، ومَن بعده من الخلفاء، فيكون فعلُهُ مشهوراً بينهم، فكيف لا يكون وهو بمحضرٍ منهم، فيكون تقليدُهُ تقليداً لهم ضرورة.

[٢]قوله: **فيبعثه**...الخ؛ قال في «الهداية»(٣): ثمَّ تفسيرُ التشهيرِ منقولٌ عن شريح ﷺ، فإنّه كان يبعثُهُ إلى سوقه إن كان سوقياً، وإلى قومه إن كان غير سوقيّ بعد العصر

---

(١) «فتح القدير»(٦: ٥٣٣).

(٢) «منح الغفار»(ق١٣٨/ب).

(٣) «الهداية»(٣: ١٣٢).

وقالا[١]: يوجعُهُ ضرباً ويحبسُه، وهو قولُ الشَّافِعِيِّ(١) ﷺ، فإن عمرَ[٢] ﷺ ضَرَبَ شاهدَ الزُّور أربعينَ سوطاً، وسَخَّمَ وَجْهَه[٣]

أجمع ما كانوا، ويقولون: إنَّ شريحاً يقرئكم السلام ويقول: إنّا وجدنا هذا شاهدَ زورٍ فاحذروه، وحذّروا الناس منه. انتهى. كذا رواه محمَّد بن الحسنِ ﷺ في كتاب «الآثار».

[١]قوله: وقالا: يوجعه ضرباً ويحبسه؛ وذكر شمسُ الأئمّة السرخسيّ ﷺ إنّه يشهّرُ عندهما أيضاً، والتعزيرُ والحبسُ على قدرِ ما يراهُ القاضي عندهما، كذا في «الهداية»(٢)، وذكروا أنَّ أكثرَ التعزيرِ تسعةٌ وثلاثون، وأقلّه ثلاث جلدات.

وقال أبو يوسف ﷺ: يبلغُ التعزيرُ خمساً وسبعين سوطاً، وإن رأى الإمامُ أن يضمَّ إلى الضربِ في التعزيرِ الحبسِ فَعل.

[٢]قوله: فإنَّ عمر ﷺ...الخ؛ روى ابن أبي شَيْبَةَ ﷺ في «مصنّفه» في «الحدود»: عن الوليد بن أبي ملك: «إنَّ عمرَ ﷺ كتبَ إلى عمّاله بالشامِ في شاهدِ الزورِ يضربُ أربعينَ سوطاً ويُسَخَّمُ وَجْهُه، ويحلقُ رأسُه، ويطالُ حبسُه»(٣).

والجواب من جانب الإمامِ عن هذا الاستدلال؛ لأنَّ حديثَ عمرَ ﷺ محمولٌ على السياسة، بدلالته التبليغَ إلى الأربعين، فإنّه لو كان على سبيل التعزيرِ لم يبلغْ الأربعين؛ لبلوغه حدّاً في غيره، وبدلالة التسخيم، فإنّه مُثْلَة، وقد وردَ النهيُّ عنها.

وقد أجابَ ابنُ الهُمامِ عن كونِهِ مُثْلَة، إنَّ المُثْلَةَ ليست إلاّ في الأعضاء، ومن المشايخِ ﷺ مَن أجاب عن فعلِ عمرَ ﷺ بأنّه كان سياسةً، فإذا رآه الحاكمُ ذلك كان له أن يفعلَه، وقد استفيدَ منه أنَّ السياسةَ ما يفعله الحاكمُ لمصلحةِ العامّة من غير ورودِ الشرع. هذا محصّل ما في بعضِ رسائلِ صاحب «البحر».

[٣]قوله: وسَخَّمَ وجهه؛ - بالخاء المعجمة - ، كما في أكثر النسخ، من السُّخام: على وزن الغُراب، بمعنى سوادِ القدر، يقال: سَخَّمَ الرجلُ وجهَه: سوَّده بالسُّخام. كذا في «المصباح»(٤).

(١) ينظر: «الأم»(٧: ٥٧)، و«أسنى المطالب»(٤: ٣٨٤)، و«المحلي»(٤: ٣٣٣)، وغيرهم.
(٢) «الهداية»(٣: ١٣٢).
(٣) في «مصنف ابن أبي شيبة»(٦: ٥٣٤)، وغيره.
(٤) «المصباح المنير»(ص٢٦٩).

....

قد قيل: إنَّما وضعُ المسألةِ في الإقرار؛ لأنَّ شهادةَ الزُّورِ لا تعلمُ إلاَّ بالإقرارِ؛ ولا يعلمُ بالبيِّنة[١].

أقولُ: قد يعلَمُ[٢] بدون الإقرارِ كما إذا شَهِدَ بموت زيد، أو بأن فلاناً قتلَه، ثُمَّ ظَهَرَ زيدٌ حيّاً، وكذا إذا شَهِدَ برؤيةِ الهلالِ فمضى ثلاثونَ يوماً، وليس في السَّماءِ علَّةٌ، ولم يُرَ الهلالُ، ومثل هذا كثير[٣].

ويروى في بعض النسخ بالحاء المهملة من السحمة، على وزن الغرفة، بمعنى السواد، وسحمَ سحماً من باب تعب، وسَحُمَ بالضم: إذا اسودَّ، فهو أسحمٌ، والأنثى سحماء، مثل: أحمر وحمراء. كذا في «المصباح»(١)، والأوّل أشهر وأظهر.

[١]قوله: ولا يعلم بالبيّنة؛ لأنّه نفي للشهادة، والبيِّنةُ إنّما شرعت للأثبات.

[٢]قوله: قد يعلم...الخ؛ هذا نقضٌ على قول صاحب الفيل، ولا يعلم إلا بالإقرارِ بأنَّ الحصرَ ممنوعٌ بشهادةِ ما إذا شهدَ بموتِ زيد، أو بكونِه مفعولاً ثمَّ ظهرَ حيًّا، فقد ثبتَ كذبُهُ بدون الإقرار.

[٣]قوله: ومثل هذا كثير؛ كما إذا شهد أنَّ فلانةَ ولدت ولداً ثمَّ وجدت بكراً، وعلى هذا القياس.

---

(١) «المصباح المنير»(ص٢٦٨).

فصل

الرجوع في الشهادة

لا رجوعَ عنها إلاّ عند قاضٍ

فصل[1]

الرجوع في الشهادة

(لا رجوعَ[2] عنها إلاّ عند قاضٍ[3]

[1]قوله: فصل؛ في هذا كلامٌ مفصولٌ عمَّا قبله في بيانِ أحكامِ الرُّجوعِ عن الشهادة، ومناسبة تأخيره عن أحكامِ شهادةِ الزورِ ظاهر، فإنَّ الرجوع يقتضي سبقَ وجودها، وهو ممَّا يعلمُ به كونها زوراً، والرجوع وإن كان دفعاً للشَّهادةِ لكنّه دخلَ تحتها، كدخولِ النواقضِ في الطهارة؛ ولذا ذكرَه في «كتاب الشهادة»، وفصَّلَه بفصلٍ على حدة، والرجوع: مصدرُ رجعَ رجوعاً ورجعاً ورجعيّ ومرجعاً، قال ابن السِّكّيت: هو نقيضُ الذهاب.

وهو في الاصطلاح: نفي ما أثبته.

وله ركنٌ وحكمٌ وشرط، فركنه: قول الشاهد بعدما شهد: رجعتُ عمّا شهدتُ به، أو شهدتُ بزورٍ فيما شهدتُ به، وشرطُ جوازِهِ أن يكون الرُّجوعَ عند القاضي.

وحكمه: وجوبُ التعزيرِ والضمانِ مع التعزيرِ إن رجعَ بعد القضاء، وكان المشهود به مالاً، وقد أزاله بغير عوضٍ كما صرَّحوا به، وفيه تداركُ ما أتلفَ بالزُّور؛ لأنَّ رجوعَه مقبولٌ في حقِّ نفسه، وإن لم يقبلْ في حقّ المدّعي.

[2]قوله: لا رجوع عنها إلاّ عند قاضٍ؛ لأنَّ الرجوعَ يفسخ الشهادة، فيختصُّ بما تختصُّ به الشهادة، من مجلس القاضي؛ ولأنَّ الرجوع توبة، وهي على حسبِ الجناية، فالسِّرُّ بالسِّرّ، والإعلان بالإعلان، ولا يمنعُه عنها الاستحياءُ من الناس، وخوفُ الأئمّة؛ لأنَّ الاستحياءَ من الخالق أولى من الاستحياء من المخلوق.

[3]قوله: قاضٍ؛ أطلق القاضي، فشملَ القاضي المشهودَ عنده وغيرَه، فلم يصحّ الرجوعَ عنده غير القاضي، ولو شرطياً. كما في «البحر»[1] نقلاً عن «المحيط»، فلو ادَّعى

---

(1) «البحر الرائق»(7: 127).

فإن رَجَعا عنها قبل الحكمِ بها سَقَطَتْ ، ولم يَضْمَنا ، وبعدَهُ لم يفسخْ

فإن رَجَعا عنها قبل الحكمِ بها سَقَطَت[1] ، ولم يَضْمَنا[2] ، وبعدَهُ لم يفسخ[3]) : أي إذا رَجَعا عن الشَّهادة بعد حُكْمِ القاضي لم يُفْسَخِ الحكم

المشهود عليه رجوعَ الشاهدين عند غير القاضي ، وبرهن على ذلك لا يقبلُ برهانه ؛ لأنه ادّعى رجوعاً باطلاً.

ولو أرادَ يمينَهما لا يحلفان ، ولو أقامَ بيِّنةً أنّه رجعَ عند قاضي كذا ، وضمَّنَه المالُ تقبل ؛ لأنَّ السببَ صحيح. كذا في «المنح»(١) ، وإن شئتَ زيادةَ النقصان فارجع إليه وإلى حواشي «الدر المختار»(٢).

[١]قوله : **سقطت** ؛ لأنَّ الحقَّ إنّما يثبتُ بالقضاء ، وكلامهما متناقض ، والقاضي لا يحكمُ بالكلام المتناقض.

[٢]قوله : **ولم يضمنا** ؛ لأنّهما لم يتلفا شيئاً لا على المدَّعي ولا على المشهود عليه ، أمّا على المشهود عليه فظاهر ، وأمّا على المدَّعي ؛ فلأنَّ عدم ثبوت حقّه لا يضافُ إلى رجوعها ، بل هو باقي على أصلِ العدم على ما كان.

غايةُ الأمرِ أن يقال : لولا رجوعهما لقضى القاضي بشهادتهما ، ولثبت له الحقّ ، لكن ذلك لا يوجبُ الضمان ، كما لو أنكرَ ابتداءً عن الشهادة ؛ ولأنَّ القاضي إنّما يقضي بشهادتهما حين يثبتُ عدالتُهما عنده ، ويغلبُ على ظنِّه صدقهما.

ولا يعرفُ ذلك إلا بعدَ الحكمِ لجوازِ كونهما مجروحين ؛ ولأنَّ للمدَّعي أن يشهدَ غيرهما من العدول ، فيثبتُ حقّه ولا يتلف إن تلف ، فهو مضافٌ إلى عجزه لا إلى الشاهدين(٣).

[٣]قوله : **لم يفسخ** ؛ لأنَّ كلامهما متناقض ، فكما لا يحكمُ بالمتناقض ؛ لئلا يؤدّي إلى التسلسل ، فإنّه لو كان معتبراً لجازَ أن يرجعَ عن رجوعِهِ مرَّةً بعد أخرى ، وليس لبعضٍ على غيره ترجيح ، فيتسلسلُ الحكم وفسخه ؛ وذلك خارجٌ عن موضوعاتِ الشرع ؛ ولأنَّ كلا الكلامين مستويان في الدّلالةِ على الصدق.

---

(١) «منح الغفار»(ق٢ : ١٣٨/أ).

(٢) «الدر المختار»(٤ : ٣٩٦).

(٣) ينظر : «تبيين الحقائق»(٤ : ٢٤٤).

....

....

وترجّح الأوّل باتّصال القضاءِ به، وكما إذا شهدَ أنَّ زيداً قتلَ بكراً في الكوفة، وشهدَ آخران أنّه قتله بمصر، فإنّهما قبل القضاءِ يردّان، وبعده لا؛ لترجيحِهِ باتِّصال القضاء به.

ثمَّ اعلم أنَّ عدم انفساخِ الحكمِ في هذه الصورةِ مطلقاً مذكورٌ في أكثرِ المتونِ والشروح والفتاوى، فشملَ ما إذا كان الشاهدُ وقتَ الرُّجوع مثل ما يشهدُ في العدالة أو دونه أو أفضل منه.

إلاَّ أن في «خزانة المفتين» معزيّاً إلى «المحيط»: إن كان الرجوعُ بعد القضاءِ ينظرُ إلى حالِ الرّاجع، فإن كان حالُه عند الرجوع أفضل من حالِهِ وقت الشهادةِ في العدالة، صحَّ رجوعُه في حقِّ نفسه، وفي حقِّ غيره، حتى وجبَ عليه التعزير، وينقضُ القضاء، ويردُّ المالُ على المشهود عليه. وإن كان عند الرجوعِ مثل ما له عند الشهادةِ في العدالة أو دونه، وجبَ عليه التعزير، ولا ينقض القضاء، ولا يردّ المشهود به على المشهود عليه، ولا يجبُ الضمانُ على الشاهد. انتهى.

لكن قال في «البحر»[1] بعد نقلِ ما نقلناه، وهو غيرُ صحيحٍ عن أهلِ المذهب؛ لمخالفتِه ما نقلوه من وجوبِ الضَّمانِ على الشاهدِ إذا رجع بعد الحكم، وفي هذا التفصيلِ عدم تضمينِهِ مطلقاً، مع أنّه في نقله مناقض؛ لأنّه قال أوّل الباب بالضمان موافقاً للمذهب.

[قال]: ثم كشفت «المحيطُ» للإمامِ رضيِّ الدين السَّرَخْسِيِّ الموجود في ديارنا، فوجدتُه وافقَ الجماعةَ من غير تفصيل، فهو وإن احتملَ أن يكون «المحيط البرهانيّ»، لكنَّ القولَ به لا يصحُّ عن المذهب، فإنّهم نقلوا عدم الضمانِ عن الشافعيِّ ﷺ.

وفي «فتح القدير»[2]: إنَّ هذا قول أبي حنيفةَ ﷺ الأوَّلَ، وهو قول شيخِهِ حمّاد، ثمَّ رجعَ عنه إلى أنّه لا ينقضُ القضاء، ولا يردّ المال على المقضي عليه على كلّ حال. انتهى[3].

---

(١) «البحر الرائق»(٧: ١٢٨).

(٢) «فتح القدير»(٦: ٥٣٦).

(٣) ينظر: «المنح»(ق٢: ١٣٩/أ).

وضمَنا ما أتلفاه بها إذا قَبَضَ مدَّعاه ديناً كان أو عيناً

(وضمَنا[١] ما أتلفاه بها إذا قَبَضَ مدَّعاه ديناً كان أو عيناً[٢])، حتَّى إذا قضى القاضي، ولم يَقْبِضِ المدَّعي مدَّعاهُ لا يجبُ الضَّمان، بل يتوقَّفُ الضَّمانُ على القبض، فلمَّا قَبَضَ يضمنُ الشُّهود، وعند الشَّافِعِيّ(١) ﷺ لا ضمانَ على الشُّهودِ إذا رجعوا؛ إذ لا اعتبارَ للتسبيب عند وجودِ المباشرة، وهو حكمُ القاضي

[١]قوله: وضمنا...الخ؛ لأنَّ التسبيب على وجهِ التعدّي يوجبُ الضمان كحفر البئر، ووضع الحجر، وقد تسبّبا للإتلاف تعدّياً، وقد تعذَّرَ إيجابُ الضمان على المباشر وهو القاضي؛ لأنّه ملجؤ في القضاء، وفي إيجابه صرف الناس عن تقلّدِه، وتعذّرَ استيفاؤه من المدّعي؛ لأنَّ الحكم قد مضى فاعتبر التسبيب.

[٢]قوله: إذا قبض مدَّعاه ديناً كان أو عيناً؛ هذا اختيارُ شمسُ الأئمّة السَّرَخْسِيُّ ﷺ؛ لأنَّ الإتلافَ يتحقَّقُ بقبض المدَّعي ماله، ولا فرقَ في ذلك بين العين والدَّين.

وقال شيخ الإسلام ﷺ: إن كان المشهودُ به ديناً فكذلك، وإن كان عيناً يجب على الشهود الضمان، وإن لم يقبض المشهود له؛ لأنَّ الضمانَ مقيَّد بالمماثلة، ففي العين زوالُ ملكِ المشهودِ عليه عنها بالقضاء.

ألا ترى أنَّ المقضي عليه لا يجوزُ له أن يتصرَّف فيها، وجاز للمقضي له ذلك، وفي الدَّين لا يزولُ ملكه عنه حتى يقبضَه، فلو رجعَ عليه قبله لم يتحقّق المماثلة، إذ لا مماثلةَ بين أخذِ العينِ وإيجابِ الدَّين، وفي العين تتحقّق.

وكذلك في العقارِ يضمنُهُ قبل القبض عندهم؛ لأنَّ العقار يضمنُ بالإتلافِ بشهادة الزور بخلاف الغصب عند أبي حنيفةَ وأبي يوسفَ ﷺ؛ لعدمِ تحقُّقه فيه، وهذا الإتلافُ يتحقّقُ فيه؛ لأنّه إتلافٌ بالكلام، فصارَ كالوديعة، فإنّه لو أودعَ العقار عند شخصٍ فأقرَّ به المودعُ لغيره، فإنّه حجّة للمودع؛ لتحقُّق الإتلاف فيه بهذا الطريق، وإن لم يتحقّقْ بطريق الغصب. كذا في «التبيين»(٢).

---

(١) لكن الأظهر عند الشافعية أنه لو رجع الشهود غرّموا. ينظر: «المنهاج»(٤: ٤٥٩)، و«المحلي» (٤: ٣٣٥)، و«مغني المحتاج»(٤: ٤٥٩)، وغيرهم.

(٢) «تبيين الحقائق»(٤: ٢٤٥).

قلنا: إذا تعذَّرَ تضمينُ المباشر، وهو القاضي؛ لأنَّهُ ملجؤٌ في القضاء[1]، يعتبرُ التَّسبيب

قال في «المنح»(١): وضمنا ما أتلفاه، للمشهودِ عليه قبضُ المدَّعي المال من المقضى عليه أو لا، به يفتى، صرَّح بأنّه عليه الفتوى في «الخلاصة»، و«البَزَّازيّة»، و«خزانة المفتين»، وفي «الخلاصة»: إنّه قولُ أبي حنيفةَ ﷺ الآخر، وهو قولهما. انتهى.

وقيَّدَه في «الكنز»(٢) تبعاً لما في «الهداية»(٣) بما إذا قبض المدَّعي المال، وقد علمتَ ما هو المعوّل عليه في المذهب، وفرَّق في «المحيط» كما في «البحر»(٤) بين العين والدين، فقال: شهدا بعينٍ ثمَّ رجعا ضمنا قيمتها، قبضَها المشهودُ له أم لا؛ لأنَّ ضمانَ الرجوع ضمانُ إتلاف، وضمان الإتلافِ مقدَّرٌ بالمثلِ إن كان المشهودُ به مثليّاً، وبالقيمةِ إن لم يكن مثليّاً.

وإن كان المشهودُ به ديناً، فرجعَ الشهودُ قبل قبضِهِ لا يضمنون إن قبضه المشهود له، ثمَّ رجعا ضمنا؛ لأنّهما أوجبا عليه ديناً، فيجب في ذمّتهما مثل ذلك، ولا يستوفي منهما إلا بعد قبضِ المشهودِ به تحقيقاً للمعادلة. انتهى. وهذا قولُ شيخ الإسلام. انتهى ما في «المنح»(٥) مختصراً، وإن شئتَ التفصيل فارجعْ إلى «الفصول العمادية» و«البحر»(٦).

[1]قوله: **ملجؤ في القضاء**؛ من جهتهما، فإنَّ القضاء واجبٌ عليه عند ظهور عدالتهما، حتى لو امتنعَ يأثم، ويستحقُّ العزل ويعزَّر، وفي تضمينه صرف النَّاس عن تقلُّده، فلا جرم يعتبرُ التسبيب.

ولو قال: لأنّه كالملجأ إلى القضاء، كما في «الهداية»(٧) وغيرها لكان أولى؛ لأنَّ

(١) «منح الغفار»(ق٢: ١٣٩/ب).

(٢) «كنز الدقائق»(ص١٢٢).

(٣) «الهداية»(٣: ١٣٣).

(٤) «البحر الرائق»(٧: ١٢٩).

(٥) «منح الغفار»(ق٢: ١٣٩/ب).

(٦) «البحر الرائق»(٧: ١٢٩).

(٧) «الهداية»(٣: ١٣٣).

فإن رَجَعَ أحدُهما ضَمِنَ نصفاً، والعبرةُ للباقي لا للرَّاجع، فإن رَجَعَ أحدُ ثلاثةٍ شَهِدوا لم يضمن، وإن رجعَ آخر ضمنا نصفاً

(**فإن رَجَعَ أحدُهما ضَمِنَ نصفاً**[١]، **والعبرةُ للباقي**[٢] **لا للرَّاجع، فإن رَجَعَ**[٣] **أحدُ ثلاثةٍ شَهِدوا لم يضمن**)؛ لبقاءِ نصابِ الشَّهادة، (**وإن رجعَ آخر ضمنا نصفاً**)؛ لأنَّ نصفَ نصابِ الشَّهادةِ باقٍ[٤].

الملجأ حقيقةً هو مَن يخافُ العقوبةَ الدنيويّة، والقاضي هاهنا إنّما يخاف العقوبةَ في الآخرة، ولا يصيرُ به ملجأ في الحقيقة؛ لأنَّ كلَّ أحد يقيم الطاعةَ خوفاً من العقوبة على تركها في الآخرة، ولا يصير به مكرهاً. كذا في «الكفاية»(١) لكن يمكن أن يقال: إنّه يخاف العقوبةَ في الدنيا من العزلِ والتعزير.

[١]قوله: **ضمن نصفاً**؛ إذ بالشهادةِ كلٌّ منهما يقومُ نصفَ الحجّة، فببقاء أحدهما على الشهادة تبقى الحجَّة في النصف، فيجب على الراجعِ ضمانُ ما لم تبقَ فيه، وهو النصف.

فإن قلت: لا يجوز إثباتُ الحكم ببعض العلّة، فوجب أن لا يبقى به أيضاً.

قلنا: يجوزُ أن يبقى الحكمُ ببعض العلَّة، وإن لم يثبت به ابتداءً، كما أنَّ الحولَ لا ينعقدُ على بعض النصاب، ويبقى منعقداً ببقاء بعض النصاب.

[٢]قوله: **والعبرة للباقي**؛ أي والاعتبارُ في باب الضمان لَمن بقيَ من الشهود، وعند الأئمَّة الثلاثة: العبرةُ لَمن رجعَ إلاَّ في روايةٍ عنهم، هذا هو الأصل، فإن بقي اثنانِ يبقى كلُّ الحقّ، وإن بقي واحدٌ يبقى النصف كما مرَّ آنفاً.

[٣]قوله: **فإن رجع**...الخ؛ يعني إذا شهدَ ثلاثة، ورجعَ واحدٌ منهم لم يضمن؛ لأنّه بقيَ مَن يبقى بشهادته كلُّ الحقّ؛ لأنَّ شهادةَ شاهدين تكفي بثبوت الحقّ في غير الربا، والكلامُ فيه، وقد بقيت فصارَ الحقُّ مستحقّاً بها.

والمتلَف اسم مفعول، متى استحقّ سقطَ الضمان، كما إذا غصبَ زيدٌ مال بكر وأتلَفه، ثم استحقَّ خالدٌ ذلك المال بالبيِّنة فلا ضمانَ للمتلِف عليه على المتلف إذا لم يضمنْ المستحقُّ شيئاً، فأولى أن يمتنعَ الضمانُ عن الرجوع؛ لأنَّ المنعَ أسهل من الدفع.

[٤]قوله: **باقٍ**، ببقائه بقيَ نصفُ الحقِّ، فإن قلت: ينبغي أن لا يضمنَ الراجعُ

---

(١) «الكفاية»(٦: ٥٣٧).

وإن رجعتْ امرأةٌ من رجلٍ وامرأتينِ ضمنتْ ربعاً ، وإن رجعَتا ضمنتا نصفاً. وإن رجعَتْ ثمانٍ من رجلٍ وعشرِ نسوة ، فلا غُرْم ، وإن رجعتْ أخرى ضمنتْ التِّسعُ ربعاً ، وإنْ رجعَ الكُلُّ فعلى الرَّجلِ سدسٌ عند أبي حنيفةَ ﷺ ونصفٌ عندهما ، وما بَقِيَ عليهنَّ على القولين

(**وإن رجعتْ امرأةٌ من رجلٍ وامرأتينِ ضمنتْ ربعاً**[١] **، وإن رجعَتا ضمنتا نصفاً**[٢] **وإن رجعَتْ**[٣] **ثمانٍ من رجلٍ وعشرِ نسوة ، فلا غُرْم ، وإن رجعتْ أخرى ضمنتْ التِّسعُ ربعاً**) ؛ لبقاءِ ثلاثةِ أرباع النِّصاب ، (**وإنْ رجعَ الكُلُّ فعلى الرَّجلِ سدسٌ**[٤] **عند أبي حنيفةَ ﷺ ونصفٌ عندهما ، وما بَقِيَ عليهنَّ على القولين**)

الأوّل ؛ لأنَّ التلفَ كان مضافاً إلى الباقين ، ولهذا لم يضمنْ شيئاً برجوعه.

قلنا : لا نُسَلِّم ، بل التلفُ مضافٌ إلى المجموع ، إلاَّ أنّه عند رجوع الأوّلِ لم يظهرْ أثره لمانع ، وهو بقاءُ الشاهدين ، فلمَّا رجعَ شاهدٌ آخر ظهرَ أثره إذا لم يبقَ إلا مَن يقومُ بنصفِ الحقّ ، فيغرَّمان النِّصف ؛ إذ ليس أحدُهما بأولى من الآخر.

وهذا كما يلزم جميعهم الضمان إذا رجعوا وهم ثلاثة ، وليس لواحدٍ منهم أن يقول : لا يلزمني الضمان ؛ لأنّي لو رجعت وحدي لما وجبَ عليَّ فلا يجبُ عليَّ الضمان برجوع غيري.

[١]قوله : **ضمنتْ ربعاً** ؛ لبقاء ثلاثةِ الأرباعِ ببقاء رجلٍ وامرأة ، إذ الرجل وحده بالنّصف.

[٢]قوله : **ضمنتا نصفاً** ؛ لأنَّ نصفَ الحقِّ بقيَ ببقاء الرجل ، وعلى هذا لو شهدَ رجلان وامرأتان فرجعَ رجلٌ وامرأة ، فعليهما الرُّبع أثلاثاً ، وإن رجع رجلان فعليهما النصف ، وإن رجعت امرأتان فلا شيءَ عليهما ، وهو ظاهر. كذا في «التبيين»(١).

[٣]قوله : **وإن رجعت**...الخ ؛ يعني إذا شهدَ رجلٌ وعشرةُ نسوةٍ ثمَّ رجعت ثمان منهم فلا ضمانَ عليهنَّ لبقاءِ مَن يبقى كلُّ الحقِّ بشهادته ، أعني رجلاً وامرأتين ، وإنَ رجعت أخرى سوى الثمان ، كان على الراجعاتِ التسعُ ربعَ الحقّ ؛ لبقاءِ النصفِ بشهادة الرجل ، والربعُ بشهادة المرأةِ الباقية ، فبقيَ ثلاثة الأرباع.

[٤]قوله : **فعلى الرَّجلِ سدس**...الخ ؛ يعني فعلى الرَّجلِ سدسُ الحقّ ، وعلى

---

(١) «تبيين الحقائق»(٤ : ٢٤٦).

وإن رجعنَ فقط فنصفُ إجماعاً ، وغرمَ رجلانِ شهدا مع امرأة ، ثُمَّ رجعوا لا هي

لهما[١] : أنَّ الرَّجلَ الواحدَ نصفُ النِّصاب ، والنساء وإن كثرنَ يَقُمْنَ مقامَ رجلٍ واحدٍ ، ولأبي حنيفةَ[٢] ﷺ أن كلَّ امرأتينِ مع الرَّجلِ تقوم مقامَ رجلٍ واحد ، (**وإن رجعنَ فقط فنصفُ إجماعاً**) ؛ لبقاء نصفِ النِّصاب ، وهو الرَّجل.

(**وغرمَ رجلانِ شهدا مع امرأة ، ثُمَّ رجعوا لا هي**) ؛ لأنَّه[٣] لم يثبتْ بشهادةِ المرأةِ الواحدةِ شيء.

النِّسوةِ خمسةُ أسداسِه عند الإمام ، وعندهما على الرَّجلِ النصف ، وعلى النسوة النصف.

[١]قوله : **لهما**...الخ ؛ تقريره : إنَّ النسوةَ وإن كثرنَ يقمنْ مقامَ رجلٍ واحد ؛ ولهذا لا تقبلُ شهادتهنّ إلاّ بانضمامِ رجل ، فعلم بهذا أنَّ الحجَّة لا تتمّ بهنّ إلاّ مع رجلٍ فصارَ شهادةُ عشرِ نسوةٍ كشهادة امرأتين.

فكان الثابتُ بشهادتهنّ نصفُ الحق ، وبشهادتِهِ النصف ، فإذا ثبتَ نصفُ الحقّ بشهادتِهِ ضمنَ ذلك عند الرجوع ، والنصفُ الآخر ثبتَ بشهادتهنّ فعليهنّ ضمانه عند الرجوع.

[٢]قوله : **ولأبي حنيفة** ﷺ ؛ تحريره : إنَّ كلَّ امرأتين مع الرجل تقومان مقامَ رجلٍ واحد ، فصار كما إذا شهدَ بذلك ستَّة رجالٍ ثمَّ رجعوا ، فيكون الضمانُ عليهم أسداساً ، وعدمُ الاعتدادِ بكثرتهنّ عند انفرادهنّ لا يلزم منه عدمُ الاعتدادِ بكثرتهنّ عند الاجتماعِ مع الرجال.

ألا ترى أنَّ كلَّ اثنتين منهنَّ في الميراثِ تقومانِ مقامَ ابنٍ واحد ، وعند انفرادهنّ لهنّ الثلثان ، فلا يزدادُ نصيبهنّ وإن اختلطنَ بابنٍ يزيد ، فيعتدّ بكثرتهنّ ، فكذا هنا. كذا في «التبيين»(١) ، وغيره.

[٣]قوله : **لأنه**...الخ ؛ تصويرُهُ : إنَّ الواحدةَ ليست بشهادة ، بل هي بعض الشاهد ، فلا يضاف إليه الحكم ؛ لأنَّ المرأةَ الواحدةَ شطرُ العلّة ، فلا يثبتُ به شيءٌ من الحكم ، فكان القضاءُ مضافاً إلى شهادةِ رجلين دونها ، فلا تضمن عند الرجوعِ شيئاً.

---

(١) «تبيين الحقائق»(٤ : ٢٤٦).

وغرمَ رجلانِ شهدا مع امرأة، ثُمَّ رجعوا لا هي، ولا يضمنُ راجعٌ في نكاحٍ بمهرٍ مسمَّى شهدا عليها، أو عليه إلاَّ بما زادَ على مهرِ مثلِها، وفي بيعٍ إلا ما نقص عن قيمةِ مبيعِه

(ولا يضمنُ راجعٌ في نكاحٍ بمهرٍ مسمَّى شهدا عليها، أو عليه إلاَّ بما زادَ على مهرِ مثلِها): أي إن شهدا بالنِّكاحِ بمهرٍ مسمَّى مساوٍ لمهرِ المثل، ثُمَّ رجعا، فلا ضمانَ سواءٌ شهدا على المرأة، أو على الرَّجل؛ لأنَّهما لم يتلفا شيئاً. وكذا إن كان المسمَّى أقلَّ من مهرِ المثلِ؛ لأنَّ[1] منافعَ البضعِ غيرُ متقوَّمةٍ عند الإتلاف. أمَّا إذا كان المسمَّى أكثرَ من مهرِ المثلِ ضَمِنا ما زادَ على مهرِ المثل.

(وفي بيعٍ[2] إلا ما نقص عن قيمةِ مبيعِه): أي لا يَضْمَنُ الرَّاجعُ في بيعٍ إلاَّ ما نَقَصَ عن قيمةِ المبيع. صورةُ المسألة: إذا ادَّعى المشتري أنَّه اشترى العبدَ بألفٍ، وهو يساوي ألفين، فشَهِدَ شاهدان، ثم رجعا، ضَمِنا الألفَ. وإنِّما قلنا: ادَّعى المشتري حتَّى إذا ادَّعى البائعُ الثَّمنَ لم يَضْمَنا؛ لأنَّ البائعَ رضي بالنُّقصان.

وإن كانَ الثَّمَنُ مساويا للقيمة، فلا ضمانَ لعدمِ الإتلاف.

وإن كان الثَّمنُ أكثرَ، فإن كان الدَّعوى من المشتري فلا ضَمان؛ لأنَّ المشتري رضي بالزِّيادةِ على القيمة، وإن كان الدَّعوى من البائعِ ضَمِناً للمشتري ما زادَ على القيمة.

[1]قوله: لأنّ...الخ؛ تقريرُهُ: إنَّ الشاهدين أتلفا بالشهادةِ بالنكاحِ منافع البضع، وهي غيرُ متقوِّمةٍ عند الإتلاف؛ لأنَّ التضمينَ يستدعي المماثلة، ولا مماثلةَ بين البضعِ والمال.

فأمّا عند دخوله في ملكِ الزَّوجِ فقد صار متقوِّماً إظهاراً لخطره، حتى يكون مصوناً عن الابتذال، ولا يملكُ مجّاناً، فإن ما يملكه المرءُ مجّاناً لا لعظمِ خطره، وذلك محلٌّ له خطر، مثل خطرِ النفوس؛ لحصولِ النسلِ به، وهذا المعنى لا يوجدُ في طرفِ الإزالة.

فإن قلت: لو لم يكن منافعُ البضعِ متقوِّمة لكانت غيرَ متقوِّمة إذا كان الزوج مالكاً للبضع، مع أنّه ليس كذلك.

قلنا: إنَّما تتقوَّم بالتملّك؛ لأنّها تصيرُ متقوِّمة ضرورةَ الملك إبانةً لخطرِ المحلّ، ولا بدَّ من اهتمام شأنه.

[2]قوله: وفي بيع...الخ؛ تصويرُ المسألة: إنَّ الشاهدين إذا شهدا على البائع بأنّه

....

وهذه المسألةُ[١] غيرُ مذكورةٍ في «المتن»؛ لأنَّ وضعَ مسألةِ «المتن» فيما إذا كان الدَّعوى من المشتري، فإن عبارة «الهداية»[٢] هكذا: وإن شهدا ببيع(١).

باعَ ثمَّ رجعا عن الشهادة لم يضمنا له إذا كان البيعُ بمثلِ القيمة أو أكثر؛ لأنّهما أتلفا على البيع بعوضٍ يعدله أو يفوقه، والإتلاف بعوضٍ كلا إتلاف. وإن شهدا عليه بأنّه باعَ بأقلَّ من القيمةِ ضمنا النقصان؛ لأنَّ ذلك القدر أتلفا عليه بلا عوض، وهذا إذا شهدا بالبيع، ولم يشهدا بنقد الثمن.

وإن شهدا بنقد الثمن مع شهادتهما بالبيعِ ينظر؛ فإن شهدا بالبيعِ بألفٍ مثلاً فقضى به القاضي، ثمَّ شهدا عليه بعد القضاءِ بقبضِ الثمن فقضى به، ثمَّ رجعا عن الشهادتين ضمنا الثمن، وإن كان أقلّ من قيمةِ المبيعِ ضمنا الزيادة أيضاً مع ذلك. وإن شهدا عليه بالبيع وقبض الثمن جملةً واحدة فقضى به ثمَّ رجعا عن شهادتهما تجبُ عليهما القيمة فقط.

ولو شهدا عليه بالشراءِ فقضى به ثمَّ رجعا فإن كان بمثلِ قيمتِهِ أو أقلّ لم يضمنا للمشتري شيئاً، وإن كان بأكثرَ من قيمته ضمنا ما زادَ عليها للمشتري. كما صرَّح به العَيْنِيُّ في «شرح الكنز»(٢).

فقوله: في بيع؛ معناه في بيع إذا شهدا بالبيع فقط، لا بالبيع والنقد، ولو شهدا على المشتري فلا ضمان لو شهدا بشرائه بمثل القيمة أو أقلّ، وإن كان بأكثر ضمنا ما زادَ عليها كما صرّحوا به.

[١]قوله: **وهذه المسألة**...الخ؛ دفعُ دخلٍ مقدَّر، تقريرُه: إنَّ رجوعَ الشهودِ أعمُّ من أن تكونَ الدَّعوى من البائع أو المشتري مع أنَّ ضمان ما نقص لا يتصوَّرُ إلاَّ في الثاني، كما صرَّحَ به الشارحُ ﷺ آنفاً، فما وجه الاستثناء المطلقِ الذي يشملُ كلا القسمين، وحاصل الدَّفعِ أنّ المسألةَ مخصوصة بدعوى المشتري، ومعنى قوله: وفي بيع؛ إنَّ الشاهدين إذا شهدا ببيعٍ على البائع فاستقامَ الاستثناء.

[٢]قوله: **فإنَّ عبارةَ «الهداية»**...الخ؛ عبارة «الهداية»(٣) هكذا: وإن شهدا ببيع

(١) انتهى من «الهداية»(٣: ١٣٤).
(٢) «رمز الحقائق»(٢: ١١٦ - ١١٧).
(٣) «الهداية»(٣: ١٣٤).

وفي طلاقٍ إلاَّ نصفَ مهرِها قبل الوطء

فإن هذا الكلامَ إنّما يقالُ: إذا ادَّعى المشتري أنّ البائعَ باعَ فأنكر البائعُ البيعَ، فشهدَ الشُّهودُ على البائع بالبيع، وإن كان الدَّعوى من البائع، فالبائعُ يدَّعي أن المشتري اشترى منِّي هذا العبدَ بكذا، وعليه الثَّمنُ، فأنكرَ المشتري شراءه، فشهدَ الشهودُ أنَّه اشترى العبدَ بكذا، وعليه الثَّمن، فالعبارة الصَّحيحةُ[1] حينئذٍ أن يقال: شهدا على الشِّراء، فَعُلِمَ أن صورةَ مسألةِ «الهداية» في دعوى المشترى، وهذا دقيقٌ تفرَّدَ به خاطري.

(وفي طلاقٍ إلاَّ نصفَ مهرِها قبل الوطء): أي إذا شهدا بالطَّلاقِ قبل الوطء، ثُمَّ رَجَعا[2] ضَمِنا نصفَ المهر[3]

شيءٍ بمثلِ القيمة أو أكثر ثمَّ رجعا لم يضمنا. انتهى.

[1]قوله: **فالعبارة الصحيحة**...الخ؛ ظاهرُهُ أنَّ العبارةَ المذكورةَ في «الهداية»(1) لا يمكنُ تأويلها، وليس كذلك، فإنَّ البيع من الأضداد لغةً واصطلاحاً كما بيّناه في عنوان «كتابِ البيوع»، فيمكنُ أن يرادَ بالبيعِ الشراء، فلو قال: الشارح ﷺ: فالأولى أن يقال، أو فالعبارةُ الحسنةُ حينئذٍ أن يقال... الخ، لكان أولى وأحسن.

[2]قوله: **ثمَّ رجعا ضمنا**؛ لأنّهما أكَّدا عليه ما كان على شرفِ السقوط؛ لأنَّ احتمالَ ارتدادها، وتقبيلِ ابن زوجها، وغير ذلك ممّا يفسخُ به النكاح ثابت، فيحتملُ أن يوجدَ ذلك فيها، فيسقطُ المهر، فصار كأنّهما أوجباه عليه.

[3]قوله: **نصف المهر**؛ إذا كان هناك مسمّى، وإلاَّ ضمنا المتعة؛ لأنّها الواجبة حينئذٍ، وقد أتلفاها. كما صرَّح به في «المنح»(2)، وقال في «البحر»(3) معزياً إلى «المحيط»: تزوَّجها بلا مهرٍ وطلّقها قبل الدخول، فشهدا أنّه صالحها من المتعةِ على عبد، وقبضتُهُ وهي تنكر، ثمَّ رجعا لا يضمنان العبد بل المتعة.

وإن كان مهرُ مثلها عشرة، ضمنا بها خمسةَ دراهم؛ لأنَّ القاضي لم يقضِ لها بالعبد؛ لكونه مقبوضاً، فقد أتلفا بشهادتهما على المرأةِ المتعة لا العبد، بخلاف ما لو

---

(1) «الهداية»(3: 134).

(2) «منح الغفار»(ق2: 140/ب).

(3) «البحر الرائق»(7: 137).

وضَمِنَ في العتقِ القيمةَ، وفي القصاصِ الدِّيةَ فحسب

أمَّا بعد الدُّخول فلا[1]؛ لأنَّ المهرَ تأكَّدَ بالدُّخول فلا إتلاف.

(**وضَمِنَ[2] في العتقِ القيمةَ، وفي القصاصِ الدِّيةَ فحسب**): أي إذا شهدا أن زيداً قتلَ عمراً، فاقتص زيدٌ، ثُمَّ رَجَعا يجب الدِّيةُ عندنا

شهدا أنّه صالحها عنها بعبدٍ، وقضى لها به، ثمَّ شهدا بقبضِهِ ثمَّ رجعا ضمنا قيمةَ العبد؛ لوقوعِ القضاء بالعبد. انتهى.

[1]قوله: **أمّا بعد الدخول فلا**؛ يعني لو شهدا أنّه طلّقها بعد الدُّخولِ بها فقضى بشهادتهما ثمَّ رجعا عن الشهادةِ لم يضمنا؛ لأنَّ المهرَ تأكّد بالدخولِ لا بشهادتهما، وفيه خلافُ الشافعي ﷺ، والتفصيل في «التبيين»(1)، وغيره.

[2]قوله: **وضمن**...الخ؛ يعني إذا شهدا بإعتاق عبدٍ فحكمَ الحاكمُ بعتقِهِ ثمَّ رجعا عن الشهادةِ ضمنا قيمةَ العبدِ لسيِّده؛ لأنّهما أتلفا عليه ماليَّة العبدِ بلا عوض، والولاءُ كان للذي شهدا عليه بالعتق؛ لأنَّ العتقَ لا يتحوَّلُ إلى الشاهدين بالضمان، فلا يتحوَّلُ الولاء لهما، فلا يكون الضمانُ بدلاً عنه، بل عمّا أتلفا عليه من ملكِ المال.

وإطلاقُ حكمِ الضمانِ يشملُ ما إذا كانا موسرين أو معسرين؛ لأنَّ هذا ضمانُ إتلافِ الملك، وهو لا يختلفُ باليسار والإعسار، بخلافِ ضمانِ الإعتاق؛ لأنّه لم يتلفْ إلاَّ ملكه، ولزمَ منه فساد ملك صاحبه، فضمنَه الشارعُ صلةً ومواساةً له، والصلاتُ لا تجب إلا على الموسرين دون المعسرين.

وإطلاقُ العتقِ ينصرفُ إلى العتقِ بلا مال، فلو شهدا أنّه أعتقَ عبدَه على خمسمئةٍ، وقيمتُه ألف، فقضى ثمَّ رجعا إن شاء ضمنَ الشاهدين الألف، ورجعا على العبدِ بخمسمئة، وولاءُ العبد للمولى. كذا في «البحر»(2) نقلاً عن «المحيط».

وفي التدبير ضمنا ما نقصَه التدبير؛ لأنّه بالتدبيرِ فاتَ بعضُ المنافعِ من حيث التجارةِ بالإخراجِ عن ملكه، فانتقصَ ملكه، فضمنا نقصانه بتفويتهما، وإن ماتَ المولى والعبدُ يخرجُ من ثُلُثه عَتَقَ وضَمِنَ الشاهدانِ قيمتَه مدبَّراً؛ لأنّهما أزالا الباقي عن ملكِ الورثةِ بغير عوض.

---

(1) «تبيين الحقائق»(٤: ٢٤٩).

(2) «البحر الرائق»(٧: ١٣٥).

....

وعند الشافعي(١) رضي الله عنه يُقْتَصُّ[١].

فإن لم يكن له مالٌ سوى العبدِ عتقَ ثُلُثُهُ وسعى في ثُلُثَيْه، وضمن الشاهدانَ ثُلُثَ القيمة، إذا عجَّلَ العبد الثلثين، ولم يرجعا به على العبد، فإن عجزَ العبدُ عن الثلثين يرجعُ به الورثة على الشاهدين، ويرجعُ به الشاهدُ على العبد عندهما. كذا في «البحر»(٢) معزياً إلى «المبسوط»(٣).

وفي الكتابة يضمنان قيمتَه، ولا يعتقُ به حتى يؤدِّيَ ما عليه إليهما، فإذا أدّاه عُتِق، والولاء للذي كاتَبه، فإن عجزَ فَرُدَّ في الرقّ وكان لمولاه، وردَّ ما أخذه على الشهود. كذا في «البحر»(٤)، وفي الاستيلادِ يضمنان له نقصانُ قيمةِ الأمَة، فإن ماتَ المولى عتقت، وضمنا الشاهدان قيمتها للورثة. كذا في «المنح»(٥) نقلاً عن «البدائع»(٦).

[١]قوله: يقتص؛ لوجود القتل من الشاهدين تسبيباً، فكما أنَّ المكرهَ سببٌ غير مباشر، كذلك الشاهدان سببان غير مباشرين، والمكره يقتلُ قصاصاً، فكذلك الشاهدان، بل أولى وجوب القصاص؛ لأنَّ الوليَّ يعان على استيفاء القصاص، والمكره يمنعُ عنه شرعاً وعادة، فعسى أن يمتنعَ المكره من المباشرة فلا يقتضى إلى القتل غالباً، فإذا قُتِلَ المكره وهو السببُ فلأن يقتل الشاهد، وهو في التسبيبِ فوق المكره أولى.

ولنا: إنَّ القتلَ منهما ليس مباشرةً ولا تسبيباً؛ لأنَّ السبب ما يفضي إليه غالباً، ولا يفضي بالشهادة هاهنا؛ لأن العفو مندوب إليه، وهو ظاهرٌ بالنظر إلى حال المسلمِ المتديِّن، ولا يلحقه بعفوِهِ ضررٌ بنفسه وماله، ويحصلُ له الأجرُ الكثير، بخلافِ المكره، فإنّه يختارُ حياته بأدنى رخصةٍ في الشرع، وترجّحه على حياةِ غيره.

---

(١) ينظر: «المنهاج»(٤: ٤٥٧)، و«نهاية المحتاج»(٨: ٣٢٨)، و«حاشيتا قليوبي وعميرة»(٤: ٣٣٣).

(٢) «البحر الرائق»(٧: ١٣٦).

(٣) «المبسوط»(١٧: ٩ - ١٠).

(٤) «البحر الرائق»(٧: ١٣٦).

(٥) «منح الغفار»(ق٢: ١٤٠/ب - ١٤١/أ).

(٦) «بدائع الصنائع»(٦: ٢٨٤).

وضَمِنَ الفرعُ بالرجوع. لا أصلُهُ بقوله: ما أشهدتُهُ على شهادتي و أشهدته وغلطت، ولو رَجَعَ الأصلُ والفرعُ غُرِّمَ الفرعُ

(وضَمِنَ[1] الفرعُ بالرجوع.

لا أصلُهُ بقوله: ما أشهدتُهُ على شهادتي و أشهدته وغلطت): قولُهُ: لا أصلُهُ؛ مسألةٌ مبتدأة لا تعلَّقَ لها برجوعِ الفرع، فإذا قال الأصل: ما أشهدتُ الفرعَ على شهادتي لا يلتفتُ إلى قوله، ولا يضمنُ، وإن قالَ: أشهدتُهُ وغلطت، فلا ضَمان عند أبي حنيفةَ رضي الله عنه وأبي يوسفَ رضي الله عنه، ويَضْمَنُ عند محمَّدٍ رضي الله عنه.

(ولو رَجَعَ الأصلُ والفرعُ غُرِّمَ الفرعُ)

ولأن القصاصَ نهايةُ العقوبة، فلا يجب إلا بنهايةِ الجناية، وهو القتلُ مباشرة عمداً بآلةٍ صالحةٍ له، ولم يوجد ذلك هاهنا؛ لأنَّ الشهادة ليست بقتلٍ حقيقة، وإنّما تصير قتلاً بواسطةٍ ليست في يد الشاهدِ وهو حكمُ الحاكم، واختيارُ الوليّ قتل المشهود عليه، والفعلُ الاختياريّ من المباشر يقطعُ النسبةَ إلى المسببّ، كدلالةِ السارق، وفتحِ باب القفص، وحلِّ قيد العبد، فلم يوجدْ منه القتل حقيقة؛ لعدمِ المباشر.

ولا حكماً؛ لعدمِ الالتجاء؛ لأنَّ الملجأ وهو الذي يخافُ العقوبة الدنيويّة على نفسه، فيؤثرُ نفسَه بالطبع، فيكون كمسلوبِ الاختيار، ولم يوجد ذلك في حقِّ المولى ولا في حقِّ القاضي، فإنَّ القاضي إنّما يخافُ العقوبة الأخرويّة، ولا يصيرُ به ملجأ؛ لأنَّ كلَّ مسلمٍ يطيعُ خوفاً من العقوبة الأخرويّة، ولا يصير بذلك مقهوراً.

والوليُّ يباشرُ القتلَ باختياره، وليس عليه حرجٌ في العفو، بل هو مندوبٌ إليه، فكيف يأتي الإكراهُ في حقّهِ بخلاف المكره، فإنَّ المكره يؤثرُ حياته، فيقدمُ على القتل فينسب إلى المُكْرَه، والمُكْرَه كالمُكْرِه، وعلى أنَّ أقلّ أحواله أن يكون شُبهة، والقصاص يسقط بها بخلاف الدِّيَة، فإنَّ المال يجبُ مع الشبهة.

[1]قوله: **وضمن**...الخ؛ يعني إنَّ شهودَ الفرع ضمنوا المشهود به برجوعهم؛ لأنَّ الشهادةَ في مجلسِ القضاءِ صدرت منهم، فكان التلفُ مضافاً إليهم، فوجب الضمانُ عليهم، ولا يضمنُ شهودُ الأصل، بقولهم: لم تشهد الفروعُ على شهادتنا، أو أشهدناهم وغلطنا في الصورتين.

وأمّا في الصورة الأولى؛ فلأنَّ شهودَ الأصلِ أنكروا سببَ إتلافِ مالِ المدَّعى

هذا عند أبي حنيفةَ ﷺ وأبي يوسف ﷺ؛ لأنَّ القضاءَ[١] وقعَ بشهادةِ الفرعِ في علَّةٍ قريبة، فيضافُ الحكمُ إليه، وعند محمَّد ﷺ إن شاءَ[٢] ضُمِّنَ الأصلُ وإن شاءَ ضُمِّنَ الفرع(١).

عليه، وهو الإشهادُ على شهادتهم، والعلَّة وهي شهادةٌ باقية، فلا يبطلُ القضاء؛ لأنَّ الإنكارَ المذكور خبرٌ يحتملُ الصدقَ والكذب، فتعارض الخبران.

فكما إذا شهدَ شاهدُ الأصلِ بنفسه، وقضى للقاضي بشهادتِه، ثمَّ رجع، لا يبطلُ القضاء بالرجوع، فكذا هاهنا بخلافِ ما إذا أنكر شهودُ الأصلِ الإشهاد قبل القضاء بشهادةِ الفروع، لا يقضي القاضي بشهادةِ الفروعِ بعد ذلك، كما إذا رجع الشهودُ قبل القضاءِ حيث لا يحكمُ القاضي بذلك.

وأمَّا في الصورة الثانية فهو قول الشيخين، وقال محمّد ﷺ: يضمنون؛ لأنَّ الفروع قاموا مقامَ الأصولِ في نقلِ شهادتهم إلى مجلسِ القضاء، والقضاء يحصل بشهادة الأصول؛ ولذا تعتبر عدالتهم، فصار كأنّهم حضروا بأنفسهم، وشهدوا ثمَّ رجعوا، وفي ذلك يلزمهم الضمان، فكذا هاهنا.

ولهما: إنَّ القضاءَ وقع بشهادة الفروع؛ لأنَّ القاضي يقضي ممَّا يعاينُ من الحجّة، وهي شهادة الفروع، وشهادةُ الأصولِ في غير مجلسِ القضاء فليست بحجّة.

[١]قوله: **لأنَّ القضاء**...الخ؛ حاصلُهُ: إنَّ القضاءَ وقعَ بشهادةِ الفروع، فاختصَّ بهم الضمان.

وتفصيله: إنَّ الإتلافَ قد حصل بالشهادة التي وجدت في مجلس القاضي، وهي من الفروع مباشرةً من كل وجه، والأصول مسبّبون للتلفِ من وجه، وقد تقرَّر في موضعه أنَّ المباشرَ والمسبّب إذا اجتمعا في محلّ وهما متعدّيان، فإنَّ الضمان على المباشر دون المسبّب.

[٢]قوله: **إن شاء**...الخ؛ لأنَّ القضاءَ وقع بشهادة الفروع من حيث أنَّ الفروعَ نائبون عنهم، ونقلوا شهادتهم بأمرهم، فيتخيَّرُ في تضمين أي الفريقين شاء.

---

(١) رجَّح في «الملتقى»(ص١٣٧) قول محمد ﷺ، وجزم في «التنوير»(ص١٥٥) بقولهما، ونصره الحصكفي في «الدر المنتقى»(٢: ٢٢٠).

وقولُ الفرعِ: كذبَ أصلي أو غَلِطَ فيها ليس بشيء ، وضَمِنَ المزكّي بالرُّجوع

(وقولُ الفرعِ[١]: كذبَ أصلي أو غَلِطَ فيها ليس بشيء) ؛ لأنَّ كذبَ الأصلِ لا يثبتُ بقولِ الفرع ، والفرعُ لم يرجعْ عن شهادتِه ، فلا يلتفتُ إلى قوله.

(وضَمِنَ المزكّي[٢] بالرُّجوع) : عنِ التزكية هذا عند أبي حنيفة ﷺ خلافاً لهما ؛ لأنَّ التَّزكيةَ[٣] جعلتِ الشَّهادةَ شهادة.

والسِّرُّ فيه أنَّ التلفَ هاهنا ثبتَ بالنقلِ والإشهاد ، فالنقل من الفروع ، والإشهادُ من الأصول ، فلولا إشهادُ الأصول ، لما تمكّن الفروع ، ولولا نقلُ الفروعِ لما تمكّن الأصول ، فكان على كلِّ الأصولِ والفروع في حقِّ المشهود عليه سببُ ضمانٍ على سبيلِ المباشرة.

أمَّا الفروع فظاهرٌ أنّهم نقلوا شهادة الأصول عند الحاكم على وجهٍ لو لم يعلم الحاكم بشهادتهم يأثم ، وكذلك الأصول مباشرون من حيث الحكم ، فإنَّ أداءَ الفروع منقولٌ إلى الأصول ؛ لأنَّ الفروع مضطرونَ من جهةِ الأصول إلى الأداءِ بعد الإشهاد ، بحيث لو امتنعوا عن الأداءِ أثموا ، ثمَّ أي فريقٍ أدّى لا يرجعُ على صاحبه ؛ لأنَّ كلا من الفريقين ضمنَ بجنايته.

[١]قوله: **وقول الفرع...**الخ ؛ أي إذا قال الفرعُ بعد الحكم بشهادته : إنّ أصلي قد كذبَ أو غلطَ في هذه الشهادة لم يلتفتْ إلى ذلك القول.

[٢]قوله: **وضَمِنَ المزكّي...**الخ ؛ يعني إذا رجعَ المزكّي عن تزكيةِ الشاهد ضَمِنَ بالرجوعِ عند الإمام ؛ لأنَّ القاضي لا يعملُ إلاّ بها ، فصارت في معنى علّةِ العلّة ، وقالا : لا يضمن ؛ لأنّه أثنى على الشهود ، ثمَّ رجع عن ثنائه ، ولا ضمانَ به ، والخلافُ فيما إذا قال : تعمَّدتُ أو علمتُ أنَّ الشهود عبيد ، ومع ذلك زكّيتُهم.

أمّا إذا قال المزكّي : اخطأتُ فيها فلا ضمان فيها. صرَّح به في «البحر»(١) ، وغيره ، وقيل : الخلافُ فيما إذا أخبرَ المزكّي بالحريّة ، بأنّه قال : إنّهم أحرار ، أمّا إذا قال : هم عدولٌ فبانوا عبيداً لا يضمن ؛ لأنَّ العبدَ قد يكون عدلاً.

[٣]قوله: **لأنَّ التزكية...**الخ ؛ تقريرُهُ : إنَّ الشهادة لا توجبُ شيئاً بدون التزكية ، وسببُ التلف الشهادة ، فكانت التزكيةُ علّة العلّة ، وهي بمنْزلة العلّة في إضافة الحكم إليها.

---

(١) «البحر الرائق»(٧ : ١٣٨).

لا شاهدَ الإحصان

(لا شاهدَ الإحصان): أي إذا شهدوا على الزِّنا، وشَهِدَ الشُّهودُ على إحصانِ الزَّاني، فَرُجِم، ثُمَّ رجعَ شهودُ الإحصان لم يضمنوا؛ لأن الإحصانَ شرطٌ مَحضٌ[1] لا يضافُ الحكم إليه بخلافِ التَّزكية[2]، وهما قاسا[3] المزكّي على شاهدِ الإحصان.

[١]قوله: **شرطٌ محض**؛ قال الزَّيْلَعِيُّ في «شرح الكنز»(١): إن الإحصان علامة وليس بشرطٍ حقيقة؛ لأنَّ حقيقةَ الشرطِ أن توجدَ العلَّةُ بصورتها، ويتوقَّفُ على صيرورتها علَّةٌ على وجود الشرط، كتعليق العتق بالشرط، فإنَّ العلَّة قد وجدت بصورتها، وهي قوله: عبده حر، ونحو ذلك، وتوقفت على صيرورتها علَّة على وجودِ الشرط.

وهاهنا لو زنى ثمَّ أحصن لا يرجم، ولكن إذا زنى وهو محصنٌ عرفنا أنَّ حكمَه الرجم، وهذا معنى العلامة، فلم يتعلّق به وجوبُ الرجمِ ولا وجوده، إذ الحكمُ لا يضافُ إلى العلامة المظهرة. انتهى.

وقال في «المنح»(٢): ثم اعلم إنَّ الشرطَ عند الأصوليين ما يتوقَّف عليه الوجود، وليس بمؤثّرٍ في الحكم، ولا مفضٍ إليه، والعلَّةُ المؤثِّرةُ في الحكم، والسبب هو المفضي إلى الحكمِ بلا تأثير، والعلامةُ ما دلَّ على الحكم، وليس الوجودُ متوقِّفاً عليه.

وبهذا ظهر أنَّ الإحصانَ شرطٌ كما ذكره الأكثر؛ لتوقُّف وجوبِ الحدِّ عليه بلا عقليّة تأثير، ولا إفضاء. انتهى. فظهرَ ما فيما تقدّم من تحريرِ الزَّيْلَعِيّ، فتفكَّر فيه، فإنّه غير خفيّ على مَن هو بالدراية حفي.

[٢]قوله: **بخلاف التزكية**؛ فإنّ القاضي لا يعملُ بالشهادةِ إلاَّ بالتزكية، فصارتِ التزكيةُ في معنى علَّة العلّة، فيضافُ إليها الحكمُ كما تقدّم.

[٣]قوله: **وهما قاسا...الخ**؛ وقالا: المزكّي أثنى على الشهودِ ثمَّ رجعَ عن ثنائه، ولا ضمانَ به فلا يضمن، كما إذا شهدوا بإحصانِ المشهودِ عليه فرجم، ثمَّ رجعوا بعد ذلك، لا يضمنون.

---

(١) «تبيين الحقائق»(٤: ٢٥٣).

(٢) «منح الغفار»(ق٢: ١٤١/ب).

كما ضَمِنَ شاهدُ اليمينِ لا الشَّرطِ

(كما ضَمِنَ[١] شاهدُ اليمينِ لا الشَّرطِ[٢]

ووجهُ الفرقِ ظاهر، فإنَّ شهود الإحصان لم يجعلوا غير الموجبِ موجباً؛ لأنَّ الموجب هو الزنا، ولم يثبتوه، بخلاف التزكية، فإنَّ الشهادةَ لا تعمل إلاَّ بها.

[١]قوله: **كما ضمن**...الخ؛ أي ضمنَ شاهدُ اليمين، أو أشهدَ بتعليقِ العتق بشرط، أو بتعليقِ الطَّلاقِ بشرطٍ قبل الدخول، ثمَّ رجعَ عنها فيجب عليه قيمةُ العبد، ونصفُ المهر؛ لأنّه شاهدُ العلّة، إذ التلفُ يحصلُ بسببه، وهو الإعتاقُ أو التطليق.

والشرط وإن كان مانعاً، لكن إذا وجد أضيفَ التلف إلى تلك الكلمة، وهي العلّة دون زوال المانع، وإنّما قيّدنا المسألة بقولنا: قبلِ الدخول؛ لأنَّ رجوعَ الشاهدِ بالطلاقِ عن الشهادة إذا كان بعد الدخولِ لا يضمن شيئاً كما صرَّحوا به.

[٢]قوله: **لا الشرط**؛ يعني لا يضمنُ شاهدُ الشرطِ إذا رجع، واعلم أنَّ شهودَ الشرط لا يخلو:

١. إمّا أن يرجعوا وحدهم.

٢. أو مع شهودِ العلّة، وهي التعليق.

فإن رجعوا مع شهودِ اليمينِ لا يضمنون، وعند زفرَ ﷺ يضمنون؛ لأنَّ التلفَ حصلَ بشهادةِ الفريقين جميعاً، قلنا: شهودُ اليمينِ أثبتوا بشهادتهم العلّةَ الموجبة للحكم، وهو قوله: أنت حر، أو أنتِ طالق.

والآخرون أثبتوا الشرط، والشرطُ لا يعارضُ العلّةَ في إضافةِ الحكمِ إليه؛ لأنَّ الحكمَ يضافُ إلى علّة حقيقة؛ لأنّه هو المؤثّر فيه، وإلى الشرطِ مجازاً؛ لأنّه موجودٌ عند الشرط، والمجازُ لا يعارضُ الحقيقة.

وإن رجعَ شهودُ الشرط وحدهم يضمنون عند بعض المشايخ؛ لأنَّ الشرطَ إذا لم يعارضْه العلّة صلح؛ لإضافة الحكمِ إليه، وصار علّة؛ لأنَّ العللَ لم تجعل عللاً بذواتها، فجاز أن يخلفها الشروط.

والصحيحُ أنَّ شهودَ الشرط لا يضمنونَ بحال، نصَّ عليه في «الزيادات»، ومال إليه شمسُ الأئمّة السرخسيّ ﷺ، وإلى الأوّلِ مالَ فخرُ الإسلامِ عليٌّ البَزْدَويّ ﷺ، كذا في «التبيين»(١)، وغيره.

(١) «تبيين الحقائق»(٤: ٢٥٣ - ٢٥٤).

إذا رجعوا

إذا رجعوا[1]: أي إذا شَهِدَ شاهدان أنَّه عَلَّقَ عتقَ عبدِه بشرطٍ، وشَهَدَ آخران على وجودِ الشَّرط، فحُكِمَ بالعتق، ثمَّ رَجعَ الكلُّ ضَمِنَ شاهدا اليمين؛ لأنَّهما صاحبا العلَّة

[1]قوله: إذا رجعوا؛ الضميرُ يرجع إلى شاهدِ الإحصان، وشاهد اليمين وشاهد الشرط.

***

فهرس محتويات الجزء الخامس